

UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA ACADEMICA PROFESIONAL DE DERECHO



El divorcio por causal: El adulterio en el Código Civil Peruano
TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL TITULO
PROFESIONAL DE ABOGADO

Autora

Alayo Velarde, Cristina del Rocio

Asesor

Mg. Yengle Ruiz, Miguel Hernán

HUACHO – PERU

2018

Palabras Claves:

Tema	El divorcio por causal: El adulterio en el Código Civil Peruano
Especialidad	Derecho Civil

Keywords:

Text	The divorce by causal: The adultery in the Peruvian Civil Code
Specialty	Civil law

Línea de Investigación: Derecho

DEDICATORIA:

El presente trabajo lo dedico a mis padres por su apoyo incondicional brindado, a mis familiares, por el apoyo y la confianza brindada en este largo camino.

AGRADECIMIENTO:

Agradecer primeramente a Dios, por darme la fuerza y paciencia para culminar este trabajo, asimismo agradecer a mis padres por el apoyo brindado y dándome los ánimos para poder continuar en este largo camino, la confianza brindada y su apoyo incondicional, y a los docentes por su enseñanza y sabios consejos en el Derecho.

ÍNDICE

CARATULA	
PALABRAS CLAVES.....	ii
DEDICATORIA.....	iii
AGRADECIMIENTO.....	iv
ÍNDICE.....	v
RESUMEN.....	1
DESCRIPCION DEL PROBLEMA.....	2
MARCO TEORICO.....	3
1. Antecedentes.....	3
2. Etimología.....	10
3. Concepto	10
4. Definición.....	14
5. Requisitos para el adulterio.....	25
6. El divorcio por adulterio o divorcio por infidelidad en el Perú.....	26
7. Clases de divorcio	29
8. Legislación Nacional.....	33
9. Jurisprudencias Nacionales.....	38
10. Plenos Jurisdiccionales.....	42
11. Derecho comparado.....	43
ANALISIS DEL PROBLEMA.....	53
CONCLUSIONES.....	54
RECOMENDACIONES.....	55
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	56
ANEXOS N° 01.....	60

RESUMEN

Bien, como sabemos el adulterio implica que uno de los cónyuges haya tenido relaciones coitales extramatrimoniales con otra persona, de diferente sexo.

Por tal motivo nos hemos planteado el siguiente problema, ¿Cómo se puede probar la configuración de adulterio en un proceso de divorcio?, pues hasta donde sabemos, resulta muy difícil acreditar dicha causal cuando nos encontramos ante un proceso de divorcio por causal de adulterio. Asimismo, dada la dificultad para acreditar las relaciones fuera del matrimonio, el medio por excelencia que nos permite probar la configuración del adulterio, es la partida del hijo extramatrimonial.

En efecto, los criterios han ido cambiando. Se pasó de tenerlo por probado aún no haberse acreditado el adulterio en forma indubitada, pero reconocido por el propio cónyuge; a que se considere plena y fehacientemente acreditado por un testigo o por una prueba documental como son las fotografías que en estos tiempos nos permite poder acreditar a infidelidad.

Y asimismo todo lo anterior, converge para establecer una conceptualización del adulterio para efectos de mejorar en la resolución de casos en que se torna difícil la probanza del mismo dada su naturaleza de verificar las relaciones sexuales de los esposos; de allí su fragmentación en capítulos para un mejor entendimiento de la cuestión planteada y desarrollada a través de la presente.

DESCRIPCION DEL PROBLEMA

El adulterio como causal de divorcio es un tema realmente interesante ya que involucra el estudio de diversas áreas como son la psicología, la sociología, la religión entre otras, entonces bien, en la presente investigación tratare de demostrar la necesidad y/o exigencia de una definición clara y concreta del adulterio como institución jurídica del derecho de familia y que se encuentra regulada como causal de divorcio en nuestro código civil peruano.

La presente investigación tiene como objetivo el desarrollar las definiciones de cada una de los elementos históricos, legales y de comportamiento, el por qué y cuáles son las posibles causas que llevan al ser humano a incurrir en esta acción, así como las consecuencias para los individuos que intervienen y la repercusión que dicha causal tiene en la sociedad.

Nótese que el adulterio al no tener una definición ni requisitos exigibles para su configuración en el código sustantivo civil, ello trae como consecuencia la imposibilidad de comprobar una relación contraria a los deberes del matrimonio por parte de uno de los conyugues con tercera persona ajena al matrimonio, empero, desde el punto de vista de su naturaleza jurídica, pues denótese que a pesar de las fotografías, información documental y digital las redes sociales, y otros medios electrónicos existentes, resulta difícil y casi imposible la probanza de la causal de adulterio en un proceso de divorcio.

MARCO TEÓRICO

1. ANTECEDENTES:

Azabache (2009) en Perú, investigó: “El Matrimonio y el Divorcio en el Perú y Alemania (Breve estudio de derecho comparado)”. teniendo las siguientes conclusiones:

a) En el código civil peruano se deberían eliminar el divorcio sanción. En un matrimonio los cónyuges son los protagonistas y de ellos depende que el matrimonio progrese o decaiga.

b) En caso que el hecho sea invocado por causal del 1-10 debería de existir un divorcio sin culpables para evitar injusticias.

c) La separación de cuerpos debería ser tarea de los abogados y que el juez sólo verifique si esto es de acuerdo a ley o no, así se evitaría tanta carga procesal y los cónyuges tendrían la plena libertad de velar por sus intereses a través de sus abogados.

d) Los hijos deberían de quedar siempre con la madre salvo que exista una causa indigna o un caso extremo por ejemplo que la madre sea drogadicta, alcohólica, etc.

e) En el caso de maltrato al cónyuge debería existir por el estado, protección y asilo para estas personas que les permita orientarlos contra su agresor.

f) La homosexualidad debería ser aceptada, ya que es una realidad latente que no se puede dejar de lado.

g). El lapso de separación de cuerpos en la separación convencional debería ser dos años de separación ininterrumpida para los dos casos en caso que se tenga hijos y en caso que no se tenga hijos.

h). Las relaciones sexuales que conlleven a una búsqueda seria de reconciliación dentro del lapso de separación no deberían de tomarse como una Interrupción del tiempo de separación exigido por ley. El lapso de separación de cuerpos se debería ser tomado en cuenta por el legislador.

El peso psicológico que causa a los cónyuges la exigencia del Plazo Ininterrumpido" como lo dice la legislación peruana les quita la libertad a los cónyuges de poder regular la reconciliación a su modo de manera seria.

Solari, (2012), investigo la “separación de hecho y el deber de fidelidad” y llego a las siguientes conclusiones:

a) El matrimonio tiene una serie de relaciones entre cónyuges y entre éstos y sus hijos. Así se clasifican en: Relaciones Personales y Relaciones Patrimoniales. Siendo la Relaciones Personales todas aquellas relaciones que tienen su origen en la vida interior y cotidiana en el hogar.

b) Existen deberes y derechos que nacen de las Relaciones Personales, consagrados en nuestro Código Civil Peruano como: Deber de Fidelidad, Deber de Asistencia, Deber de Cohabitación y el Deber - Derecho de Alimentos.

c) El Deber de Fidelidad en la Normatividad Peruana se rige por un Sistema Matrimonial Monogámico, siendo consecuencia necesaria del matrimonio el deber entre cónyuges el de Fidelidad, estableciéndose que para los esposos por haber contraído nupcias se restringe su libertad sexual, en el sentido de que ya no pueden tener relaciones sexuales con persona diferente de

su cónyuge. Estableciéndose una exclusividad sexual entre ambos. Dos tipos de Fidelidad: Fidelidad Material, que comprende el Débito Conyugal y la Continencia Sexual. Y la Fidelidad Moral, que comprende el comportamiento del cónyuge con terceros que no exceda de lo meramente amistoso o simple trato social. S

u incumplimiento, es decir la Infidelidad Moral o Deslealtad se daría cuando un cónyuge -sin llegar a copular- sostiene con tercera persona una relación de excesiva confianza o intimidad, de excesivo afecto amoroso que más allá del puro y simple trato social o amistad.

Chávez Ramírez, G (2010), presentado como tesis de Licenciada en Derecho denominada “La Imposibilidad de probar el adulterio exige la exclusión como causal del divorcio” llega a las siguientes conclusiones:

a) “ Con el adulterio se violan los derechos de fidelidad, respeto y la singularidad que caracteriza el matrimonio, y uno de los deberes fundamentales del matrimonio es la fidelidad que se viola con la relación sexual con personas distintas al cónyuge, la cual afecta seriamente al amor conyugal y la unidad que se deben formar ambos cónyuges. Ya que el matrimonio es la institución base medular de la familia y ésta de la sociedad”.

b) “De acuerdo a la investigación efectuada para realizar este trabajo, en cuanto a la prueba, nuestra legislación nos ofrece varias, pero lo ideal para el adulterio sería la prueba directa, lo cual por desgracia es comúnmente imposible de comprobar, ya que los actos adulterios se realizan clandestinamente, por lo que es necesario recurrir a las pruebas indirectas y a las presunciones, debido a que el adulterio no está definido en nuestra legislación local y siempre se dejará el libre arbitrio del juez, él dirá si dicha causal se configura como causal de divorcio o no ”.

c) “El adulterio cometido por uno de los cónyuges es un acto imposible de comprobar, ya que la relación sexual se realiza de forma clandestina, por lo que en la práctica es más fácil demandar el divorcio por injurias en lugar de demandar por adulterio.

Armas (2010) en Perú, investigó “Las consecuencias indemnizatorias de la separación de hecho en el derecho peruano”, teniendo las siguientes conclusiones:

a) La indemnización comentada, a pesar de lo que piensa una parte de la doctrina nacional, no es un tipo de responsabilidad civil, sino tiene una naturaleza jurídica propia; es decir, se trata específicamente de una obligación legal indemnizatoria impuesta a uno de los cónyuges a favor del otro con la finalidad de corregir, por medio de una prestación pecuniaria, la “inestabilidad” o desequilibrio económico ocasionado por la separación de hecho y así evitar el empeoramiento del cónyuge más perjudicado.

b) El perjuicio económico de uno de los cónyuges no se traduce propiamente en un daño derivado de la responsabilidad civil, sino en una inestabilidad económica entre los dos cónyuges que impide que ambos rehagan su vida separada en un plano de igualdad.

c) Que la tendencia peruana en los últimos años en torno al tema del daño al proyecto de vida matrimonial y su respectiva reparación se sustenta en una correcta aplicación y comprensión del caso por parte del Juez.

d) Dada la diversidad de criterios que han sido adoptados para la resolución de estos temas clave será el manejo de términos y doctrina apropiada para cada uno de los casos que se ventilen y resuelvan.

e) Que luego de ver los criterios aplicables a los casos en los cuales se busca aplicar indemnización los criterios mayoritarios coinciden con los

conceptos manejados por Fernández Sessarego lo cual trae uniformidad en la aplicación de los mismos, más esto produce un efecto negativo ya que limitaría el ámbito de aplicación de los criterios doctrinales más amplios que hagan que el derecho crezca en riqueza y aplicación.

f) La aplicación de la figura indemnizatoria en materia de divorcio por causal es una de las dificultades más latentes en la medida en que nuestro legislador ha regulado la figura del daño moral y daño a la persona sin manejar el verdadero alcance y naturaleza de dichas concepciones.

g) En torno al monto indemnizatorio, la judicatura nacional, no tiene uniformidad en el tratamiento de los montos como de los criterios a seguir hecho que evidencia un conocimiento superficial por parte de los jueces, lo cual afecta su desempeño y la seguridad jurídica.

h) No existe en el derecho nacional ni en el derecho comparado tablas de cuantificación, que nos permita establecer el quantum de indemnización al proyecto de vida matrimonial.

i) La falta o carencia de criterios de valoración y cuantificación del daño al proyecto de vida matrimonial lleva a soluciones inadecuadas, como es el pago de dinero excesivo o ínfimo conforme se ha podido apreciar del contenido de las casaciones emitidas por el órgano jurisdiccional.

j) Del análisis de las sentencias vemos que son pocas en la que se plasma un desarrollo jurisprudencial respecto de que es el daño al proyecto de vida matrimonial, limitándose a una somera enunciación o transcripción doctrinaria.

Cayro, Rubén. (2009). En su ensayo científico titulado: fundamentos constitucionales que justifican la pretensión Indemnizatoria derivada de la ruptura unilateral del concubinato .En la parte de sus conclusiones afirma :“En clave de

derechos humanos y en consonancia con las normas constitucionales la declaración universal de los derechos humanos y Convención Americana de Derechos Humanos, la familia es considerada como el elemento natural y fundamental de la sociedad y por consiguiente merece la más alta protección que debe de ser extendida al concubinato o unión de hecho, como institución digna de tutela siempre que cumpla con los fines esto es siempre que funde una familia. La protección no implica preservar la vigencia de uniones informales o paralelas que no cumplen sus fines, de lo contrario esto es siempre que funde una familia. También se vulneraría derechos fundamentales de terceros si el ordenamiento jurídico protege uniones no estables o disfuncionales”.

Según lo planteado por el autor el Estado y las leyes protegen a la familia que cumple sus fines establecidos por la Constitución, pero deja desamparado al concubinato impropio de tal forma que los concubinos se ven desamparados, en sus bienes patrimoniales adquiridos durante esta convivencia. Ahora bien, el presente trabajo de investigación es importantísimo porque permitirá analizar los documentos que existan al respecto sobre la desprotección a los bienes patrimoniales adquiridos durante el concubinato con la finalidad de favorecer el registro patrimonial de las partes.

Milla Fernández, Magaly Paola. (2015). El presente trabajo de investigación se realizó en el periodo del 2013 al 2014 en el Departamento de Lima. En cuanto a la delimitación social, la investigación tiene la finalidad de medir la influencia del Adulterio de la Mujer dentro del matrimonio en el delito de Femicidio.

En este sentido, se ha pretendido determinar si el adulterio por parte de la esposa es una de las principales razones por las que sucede el Femicidio, así como los motivos por los cuales las mujeres llegan a cometer el adulterio. Por otro lado, determinar porque los cónyuges al momento de pasar por la situación

de ser víctima de infidelidad por parte de sus esposas deciden llegar al delito de Femicidio.

El Femicidio en el Perú, dentro de la esfera de violencia a la mujer, día a día se convierte en un problema de estado, ya que en principio va en aumento el índice de mujeres víctimas de violencia física, psicológica, verbal y por género, de los cuales muchos casos llegan a este delito, llamándose Femicidio al Homicidio a la mujer por daño físico directo.

Moreno, V. (2013), tesis doctoral titulada "La expresión de la autonomía de la voluntad de los conyugues en las crisis matrimoniales", investigación de tipo sustantiva, diseño de investigación longitudinal, la muestra estuvo constituido por las normatividades vigentes durante las últimas 5 décadas, se recolectó datos a través de las técnicas de análisis documental, llegó a las siguientes conclusiones:

a) El reconocimiento de la autonomía de la voluntad es una expresión de libertad del ser para decidir sobre cuestiones relativas a su persona y patrimonio.

b) Las expresiones de autonomía de la voluntad pueden realizarse y así lo hemos hecho en la presente tesis, en función del momento en que se produce la conjunción de voluntades de los conyugues. Así podemos dividir los pactos en acuerdos que se realizan una vez producida la crisis conyugal.

e) Una vez ocurrida la crisis matrimonial los conyugues, también disponen de autonomía para regular las consecuencias de su ruptura.

d) Siendo los pactos alcanzados por los conyugues plenamente válidos y eficaces, como un negocio jurídico de derecho de la familia, las voluntades de los mismos han podido verse afectadas por las causas generales de nulidad y anulabilidad.

e) el futuro del derecho de la familia parece abocado a un papel cada vez más preeminente de la autonomía de la voluntad de los conyugues.

2. ETIMOLOGÍA

Cabello, C. J. (1999). Etimológicamente la voz adulterio deriva del latín *ad alterius thorum ire* que significa andar en lecho ajeno. Este constituye la violación de una obligación esencial del matrimonio: la fidelidad. Sin embargo, no cualquier acto de infidelidad podrá configurarlo. Nuestros Tribunales exigen para su tipificación "el acceso carnal que uno de los cónyuges mantiene con tercera persona.

3. CONCEPTO

El acto del divorcio romano era tan informal como el matrimonio porque bastaba con que el marido se levantase aquel día con el pie izquierdo. La esposa, divorciada por mutuo consentimiento o repudiada, abandonaba el domicilio conyugal llevándose su dote. Los hijos permanecían con el padre. En caso de esterilidad, situación que siempre se adjudicaba a la mujer, el marido tenía derecho a separarse. Igualmente, fácil resultaba para la mujer deshacerse de un marido molesto, aunque perdía cierta consideración social. En la época imperial la circulación de mujeres, debida a la escasez de su género, fue tan intensa que algunas de ellas podían cambiar de marido cada año. La forma de matrimonio más arcaica, el *usus*, contemplaba una forma de divorcio inmediato en caso de que la esposa pasara tres noches seguidas fuera del hogar.

“Podemos advertir que en los tiempos de nuestra historia específicamente en el derecho romano existían diferentes formas de poder separarse o divorciarse del cónyuge. Ya que solo bastaba que una de las parejas cometiera un acto unilateral de decisión de abandonar a la otra persona o también consensualmente de ambos el querer divorciarse ya que ninguno de los dos

podía hacer vida en común; pero es de resaltar en esta cultura romana que el hombre predominaba o ejercía el patriarcado porque mayormente salía favorecido al momento de divorciarse de su cónyuge”.

3.1- EL CASTIGO DEL ADULTERIO EN LAS COMPILACIONES DEL DERECHO ROMANO

Will Durant. Simón and Schuster. (1944). Las fuentes jurídicas sobre el delito de adulterio son de una notable riqueza. Entre las prejustinianeas se encuentran el Código Teodosiano, las Instituciones de Gayo, la Ley romana de los burgundios, la Compilación de leyes de los judíos y los romanos, las Sentencias de Paulo y los Fragmentos Vaticanos. Entre las fuentes justinianeas, destacan las Instituciones, el Digesto, el Código Justiniano y las Novelas. Por otra parte, numerosos preceptos del Derecho Penal Romano nos han llegado a través de compilaciones altomedievales como el Breviario de Alarico y el Edicto de Teodorico. En este epígrafe presentaremos algunos de los preceptos que hacen referencia a la administración de justicia y al castigo del delito de adulterio.

Las Sentencias de Paulo constituyen en su conjunto una obra elemental que ha gozado de gran preferencia entre los juristas, ya que ofrece de forma muy sintética las principales características del derecho válido en los años del autor, siendo citado frecuentemente entre las fuentes jurídicas tardías. Las Sentencias fueron utilizadas en la edición del Digesto, pero no en la Instituta.

Panero Oria. P. (2001). “Sin lugar a dudas el derecho romano es el que ha brindado a través del tiempo con las apariciones de diferentes códigos o institutos hechos por las personalidades romanos en cuanto a la visión que daban sobre el divorcio. Es así que estas instituciones jurídicas nos brindaron mayor información sobre la separación o el divorcio de ambos cónyuges. Estas leyes

romanas nos dan referencia de cómo se practicaba el divorcio entre ellos y cuáles eran las causas por las que se separaban al no haber una armoniosa convivencia entre ellos, estas obras nos permite tener una referencia sobre el divorcio, cuáles son las formas las causas y las consecuencias que llevarían a separase a las parejas que contrajeran matrimonio y que posteriormente se divorciarían, es así que las sentencias de Paulo, nos brindarían información sobre los pactos que habría al separarse por la causal de adulterio donde mediaría un pago como pacto entre ambos así en su primera parte afirma que se puede pactar respecto de aquellas cosas que se puede transigir. y la segunda parte parece dar una explicación de lo afirmado inicialmente, según la cual, solo es posible pactar de las cosas transigibles, porque solo cuando se pacta respecto de esas cosas surgen una obligación. en esto es la explicación que está implícita la idea de que es esencial al pacto el generar una obligación”.

Rodríguez, I. y Sandier, P. (1942). En lo que atañe a la administración del Derecho, ocupa un lugar destacado la obra de Cicerón, Sobre las leyes, en especial el Libro III, en la que menciona las potestades del pretor como intérprete del derecho, juez de las causas privadas, y las funciones de los magistrados, que podían ser pretores, jueces y cónsules. En este tratado expone de forma sintética las características más importantes de las leyes de Roma.

Después de elogiar a Platón y su teoría del poder, redacta la constitución política de Roma, exponiendo su organización civil y sus magistraturas. Se detiene de forma particular en la valoración del tribuno de la plebe, la valorización del Senado y los deberes de los magistrados. No podemos dejar de recordar que Marco Tulio Cicerón (106-43 a.C), nacido fuera de Roma, tuvo que enfrentarse a la conjuración de Catalina (63).

Se vio conducido al destierro por obra de Clodia pero regresó a Roma en breve tiempo. En su trayectoria como orador se ocupó de cuestiones de filosofía

moral, filosofía de la religión y de la epistemología. Su experiencia vital está presente en sus escritos sobre las leyes. Por su parte, en el Libro Duodécimo, capítulos VI, VII, VIII y IX, de las Instituciones Oratorias, Quintiliano reflexiona sobre el inicio de los pleitos, los elementos que debe observar el orador en las causas tomadas por su cuenta, los factores que ha de tener en cuenta en el estudio de estas causas y el modo que ha de seguir en la defensa de los pleitos, respectivamente. Recordemos, a este respecto, que Marco Fabio Quintiliano (35-96 d.C), de origen hispano, se dedicó en Roma al ejercicio de la abogacía y a la enseñanza de la retórica.

3.2- ADULTERIO EN LA HISTORIOGRAFÍA: TESTIMONIOS DE LA LEGISLACIÓN Y DE SU APLICACIÓN

Los testimonios historiográficos acerca de la ley augústea están presentes en obras como Vidas de los doce césares, de Suetonio, en el Libro II. 34.1: Corrigió las leyes y promulgó algunas de nuevo, como la suntuaria y las leyes sobre los adulterios, la castidad, el soborno y el matrimonio de los distintos órdenes sociales.

Por otra parte, en el Libro III. 35, 1-2, la obra se detiene en las innovaciones propuestas por Tiberio: Respecto a las matronas que se hubieran deshonrado, dispuso que, a falta de acusador público, fueran sus parientes quienes las castigaran con arreglo a la sentencia dictada en común, según la costumbre de nuestros mayores. Permitió a un caballero romano repudiar a su mujer, convicta de adulterio con su yerno, dispensándole del juramento que había prestado anteriormente de no repudiarla jamás. Las mujeres de mala fama comenzaban a declarar la prostitución para quedar libres de los derechos y la dignidad de las matronas con vistas a evitar el castigo de las leyes, y los jóvenes más depravados de los dos órdenes afrontaban voluntariamente el estigma de

un juicio infamante para no verse coartados por el decreto del Senado que prohibía su actuación en el teatro o en la arena; castigó a todos ellos, hombres y mujeres, con el destierro, para que nadie pudiera hallar un refugio en semejantes fraudes.

“En estas normas o legislación romana se caracterizaba que quien cometía un adulterio era mayormente repudiado por el cónyuge que sin mediar respeto por el cónyuge adultero era repudiado no solo el sino el resto de su familia, pero como las cónyuges que primordialmente eran mujeres para no caer en estas leyes se acogían o dedicaba a la prostitución u otros trabajos que no pudiesen afectarles las ordenes o leyes que impartía el derecho romano, pero el senado romano era muy autoritario ya que no permitía que estos actos quedaran sin un castigo sino hizo que todos ya sea hombre o mujer sean desterrados para que no pertenecieran o vivieran dentro de la ciudad, y hacia sus actos libidinosos contraídos con terceras personas no sean perdonados y que más bien esto infundiría en los demás un respeto hacia los cónyuges”.

4. DEFINICION:

Placido Vilcachagua (2002). El adulterio es la unión sexual de un hombre o una mujer casados, con quien no es su conyugue. Se trata de una unión sexual extramatrimonial en cuanto vulnera fundamentalmente el deber de fidelidad reciproco que se deben los esposos.

Peralta Andría (1996). Define al matrimonio como la unión de un varón y de una mujer concertada de por vida mediante la observación de ritos o formalidades legales y tendente a realizar una plena comunidad de existencia.

4.1- EL ADULTERIO

Valverde Morante, Ricardo. (2008). El adulterio se presenta como la primera causal de divorcio, sea por el mayor grado de afectación causado por las relaciones matrimoniales o porque es el caso más cometido por las parejas. De tal manera, que se le concibe al adulterio como la unión sexual de un hombre o una mujer con una persona que no es su cónyuge, es decir, se trata de una relación sexual extramatrimonial que vulnera recíprocamente el deber de fidelidad que se deben los esposos. En otras palabras, el adulterio es una falta grave al matrimonio, que es reprochada cuando es cometida por cualquiera de los cónyuges.

A.- ¿Qué se entiende por causal de adulterio?

La noción de adulterio ha sido elaborada por la jurisprudencia nacional, la cual ha llegado al consenso de reconocer que esta causal operara cuando se produce la unión sexual de un hombre y una mujer casados con quien no es su esposa o marido, respectivamente. Por ello, la doctrina refiere que, es una unión sexual ilegítima, en cuanto vulnera fundamentalmente la fidelidad recíproca que se deben los esposos. Constituye un tema de especial controversia la prueba del adulterio, en principio, estando a las dificultades para acreditar el acto sexual realizado fuera del matrimonio, la doctrina y la jurisprudencia aceptan la prueba indiciaria que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes, y, en todo caso se considerase que tales pruebas no tuvieran entidad suficiente para configurar el adulterio, las tendrán que tipificar la causal de injurias graves. En este sentido entre las pruebas indiciarias que se aceptan para acreditar el adulterio están la presentación de la partida de nacimiento de un hijo extramatrimonial o el público conocimiento que pueda tener la vecindad de que uno de los cónyuges mantiene relaciones íntimas con otra persona.

B.- Quienes pueden demandar el divorcio por esta causal de adulterio

Debe tenerse en cuenta que se ha consagrado la norma mediante la cual el cónyuge no podrá demandar el divorcio por esta causal en el caso que su persona haya provocado, consentido o perdonado; también cuando ambos cónyuges hayan cohabitado con posterioridad al conocimiento del adulterio. En este caso no se podrá iniciar o proseguir con la acción de divorcio, por sancionarlo el artículo 336 del CC.

La mayoría de códigos trata al adulterio como una causal directa que atenta contra la fidelidad, pero es claro que no todo trato infiel implica un adulterio. Debe aclararse que el adulterio tiene dos elementos independientes en los que se estructuran: la infidelidad, es decir mantener una relación coital con una persona que no es su cónyuge; y la paternidad disgregada, esto es la procreación del cónyuge fuera del matrimonio.

Respecto al párrafo anterior cabe señalar que los elementos mencionados son individuales y no conjuntos. Este deber legal surge del matrimonio, en virtud del artículo 288 del Código Civil que dispone que los “cónyuges se deben recíprocamente fidelidad”.

Como todo acto ilícito, el adulterio requiere no sólo del elemento material constituido por la unión sexual fuera del lecho conyugal, sino la imputabilidad del cónyuge que determina la atribución de culpabilidad. Por tanto, no incurriría en adulterio la mujer que mantuviera relaciones sexuales con un hombre que no es su marido coaccionada por violencia física irresistible.

Parra Benítez, Jorge. (2002). Señala que como características de la causal de divorcio a las siguientes:

1. Taxatividad: por fuera de las causas que trae la ley civil, no puede intentarse el divorcio por hechos que están excluidos de aquellas, excluye interpretaciones extensivas ni analogías.

Amplitud relativa: que las consagradas por la ley, son aceptables; pueden complementarse legislativamente y se podría hacer, a medida que avance la aplicación de las normas respectivas.

2. Concurrencia: nada obsta para que un divorcio se produzca por la ocurrencia de varias causales. Es recomendable que cuando se demande divorcio existan las relaciones sexuales extramatrimoniales.

Se funda en el orden público: sin duda la naturaleza jurídica de las causales, por su relación con el matrimonio, es de orden público, lo cual conduce claramente su interpretación.

Son generalmente perentorias: Las perentorias una vez fijadas en el debate con la prueba requerida, obligaban al juez a sentencia favorable.

No son compensables: Consiste en que si ambos cónyuges incurrían en causal de divorcio, dándose lo demás para este, siempre procederá y no podrá afirmarse que se neutralicen, toda vez que la culpa de uno no se compensa con la del otro.

4.2- CUESTIONES PROCESALES

Peralta Andía, Javier A. (2002). Por estar el proceso tipificado en el Código Procesal Civil, al cual se refieren los procesos de invalidez del matrimonio y los que tengan por objeto el emplazamiento o desplazamiento del vínculo paterno-filial, a continuación, se desarrollaremos los aspectos procesales del divorcio por causal.

A.- Titularidad de la acción

La acción de divorcio es de naturaleza estrictamente personal; sin embargo, por excepción, si alguno de ellos es incapaz ya por enfermedad mental o declaración de ausencia, la acción puede ejercitarse por cualquiera de sus ascendientes si se funda en una causa específica. A falta de ellos, el curador especial representa al incapaz (art. 334 C.C.)

Por lo tanto, la acción corresponde a los propios cónyuges porque es evidente que ellos son los únicos que están en aptitud de apreciar tal necesidad, la conveniencia o la procedencia de instaurar una acción, cuyo efecto será la disolución definitiva del nexo conyugal, pero, como se señaló en el párrafo anterior, por excepción, podrá representar al incapaz, en los casos mencionados, sus ascendientes y también el curador especial.

B.- Requisitos

Con respecto al divorcio la ley establece una serie de requisitos o limitaciones que deben tomarse en cuenta al momento de instaurar la acción, y son las siguientes: Que exista vínculo matrimonial de naturaleza civil, es decir, que sea formal. Que el adulterio sea real y consumado. Que sea consciente y voluntario, es decir, que medie el elemento intencional por parte del cónyuge infractor del deber de fidelidad.

Que constituya grave ofensa para el otro cónyuge, pues es indispensable que el ofendido no lo haya provocado, consentido, ni perdonado, de ahí que la cohabitación posterior al adulterio impida iniciar o proseguir la acción. Ergo, existe la prohibición de fundar la acción por causal de adulterio, si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó; empero, la prohibición posterior al conocimiento de dicha causal impide iniciar o continuar la acción. Y que no se sustente en hecho propio.

C.- Supuestos

Para que se configure el adulterio debe haberse consumado el acto sexual de uno de los cónyuges con otra persona que no es su consorte (le llaman elemento objetivo) aun cuando el trato íntimo fuere ocasional o único, por lo tanto, los simples amoríos o coqueteos no constituyen adulterio; sin embargo, creemos que también son variables de faltas de fidelidad. Asimismo, a este elemento objetivo, debe de sumarse la intención de faltar al deber de fidelidad, es decir, que se haga con pleno conocimiento y voluntad (elemento subjetivo), en consecuencia, los actos sexuales producto de una violación no constituyen adulterio.

D.- Probanza

Gutiérrez Camacho, Walter. (2003). Como ya lo hemos hecho mención al iniciar nuestro trabajo de investigación, el tema de la probanza del adulterio en un proceso de divorcio tiene una especial controversia; así dada la dificultad encontrada para acreditar el acto sexual realizado fuera del matrimonio, tanto la doctrina como la jurisprudencia aceptan la prueba indiciaria que resulta de presunciones graves, precisas y concordantes; como por ejemplo: con la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial de un cónyuge, concebido y nacido durante el matrimonio de éste, etc.

Asimismo, en el caso que tales pruebas no tuvieran entidad suficiente para configurar el adulterio, las tendrán para tipificar otra causal. Convenimos en que el marco en donde se desarrolla la prueba es el debido proceso y las pautas que se enuncian comprenden las actividades centrales a ser desarrolladas en materia de prueba. De esta manera, todo ciudadano nacional o extranjero que sea parte de un proceso judicial, debe tener el derecho de ofrecer las pruebas en las etapas correspondientes, salvo, las excepciones que el propio texto legal establezca; asimismo, el justiciable tiene derecho a que se admitan las pruebas

pertinentes ofrecidas en su oportunidad; luego a que se actúen los medios probatorios de las partes que fueron admitidos oportunamente; también tiene el derecho a impugnar, conforme a las disposiciones procesales, las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regular de estas; y , finalmente , se busca que el juez practique el derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica.

Acreditar una causal de divorcio nos lleva a situarnos en materia procesal en el campo de la prueba. Así debe destacarse que nuestra corte suprema de justicia ha establecido un derrotero en materia probatoria, al señalar como los derechos específicos que comprende el derecho a la prueba, de esta manera: Que el derecho de prueba es un elemento del debido proceso y comprende cinco derechos específicos: a) el derecho de ofrecer las pruebas en las etapas correspondientes, salvo las excepciones legales; b) el derecho a que se admiten las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad de la ley; c) el derecho a que se actúen los medios probatorios de las partes admitidos oportunamente; d) derecho a impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regular de estas y e) El derecho de una valoración conjunta y razonada de las pruebas actuadas, esto es conforme a las reglas de la sana crítica . Se advierte por la propia prueba, sino además contra la prueba de la otra parte y aun la actuada de oficio, y asimismo el derecho a obtener del órgano jurisdiccional una motivación adecuada y suficiente sobre la base de una valoración conjunta y razonada de la prueba.

En consecuencia, resulta muy complejo acreditar objetivamente el adulterio, aun cuando cierto sector de la doctrina señala que, en los casos de hijos adulterinos, la probanza resulta obvia a través de la partida de nacimiento del adulterino. Y en cuanto, a las pruebas jurisprudenciales, se acepta los indicios que en una apreciación total de ellos llegan a persuadir al juzgador, que estamos

frente a un caso de adulterio, pero principalmente sobre la base de la prueba escrita. En todo caso, si ellas no tuvieran entidad suficiente para dar por acreditado el adulterio, las tendrán para configurar la causal de injurias graves, si se prueban actos o hechos incompatibles con la observancia de la fidelidad conyugal. En este sentido, entre las pruebas indiciarias que se aceptan para acreditar la probanza del adulterio está, la presentación de la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial, o el público conocimiento que pueda tener la vecindad de que uno de los cónyuges mantiene relaciones íntimas con otra persona.

Asimismo, en cuanto a las pruebas jurisprudenciales, se acepta los indicios que en una apreciación total de ellos llegan a persuadir al juzgador, que estamos frente a un caso de adulterio, pero principalmente sobre la base de la prueba escrita.

Peralta Andia, Javier A. (2002). Con relación a la PROBANZA del adulterio ha señalado que existen dos criterios: “El de la prueba indirecta, en razón de que el ayuntamiento carnal suele realizarse a escondidas, sin que exista persona que pueda atestiguar tal hecho, de donde resulta que su comisión deberá establecerse de indicios o presunciones; y el de la prueba directa, ya que su probanza será posible a través de los medios probatorios establecidos en la ley procesal”. Sin embargo, la prueba directa es casi imposible, lo que hace que se admita la prueba indirecta para la demostración de la infidelidad del cónyuge culpable. De allí, que acreditar el adulterio en un proceso de divorcio se requiere la prueba de las relaciones sexuales extramatrimoniales, lo cual suele ser difícil.

Arias, S. O. (2003). La prueba es la demostración de los hechos que se invocan como verdaderos. Para que las partes en un juicio demuestren que son ciertos los hechos invocados, la ley reconoce distintos medios de prueba.

Atendiendo a los medios de prueba de que pueden valerse las partes con el propósito de dar a conocer la verdad sobre determinados hechos, las causales de divorcio enumeradas en la ley pueden dividirse en tres grupos:

1. Las que se acreditan exclusivamente por medio de documentos públicos.
2. Las que se demuestran por medio de dictámenes periciales.
3. Las que se prueban por los demás medios establecidos por la ley.

Hinostroza Mínguez, Alberto. (2008). en el mismo sentido nos señala que en un proceso de divorcio por la causal de adulterio, las pruebas ordinarias y principales que se pueden ofrecer son las siguientes:

La confesión en el proceso de divorcio por causal. Pero esta por sí sola no acredita un hecho tiene que ser acompañada de otro elemento así tenemos la confesión judicial que es aquella que se hace con todas las formalidades exigidas por las leyes de forma, es un complemento de pruebas; en la confesión extrajudicial, esta puede ser verbal o escrita y para este último caso, en instrumento particular o público

La confesión una como una declaración vinculativa, ya que generalmente contiene un reconocimiento de los hechos de consecuencias jurídicas perjudiciales para el confesante; sin embargo, para que se presente la confesión en el desarrollo de un proceso de divorcio por causal de adulterio es muy difícil, puesto que ello conllevaría a acreditar que, si se cometió adulterio, tanto que, la confesión haría prueba plena.

La declaración de las partes, que se referirá a los hechos del que la presta tratándose de los procesos de divorcio por causal o separación de cuerpos, la declaración de parte debe ser personal; aquí los interrogatorios se formularan libremente sin más limitación que las preguntas que se refieran a los

hechos objetos además del debate , además, las preguntas pueden ser inquisitivas y aun no referirse a hechos propios del confesante bastando que sea de su conocimiento; esta prueba al igual que la testimonial se deja a libre criterio del juzgador.

Los documentos públicos y privados, que son los medios que mayor desarrollo han tenido en el proceso civil. Son admisibles en estos procesos toda clase de documentos como los escritos, públicos o privados, los impresos, fotocopias, planos, cuadros, dibujos fotografías, videos o una actividad humana y su resultado. Respecto a los primeros - Los documentos públicos- cabe mencionar que ellos nos darán la veracidad en el caso de adulterio ya que siempre serán cotejados con los originales y eso va ayudar para que el juzgador lo tome en cuenta; y respecto a los documentos privados, que a diferencia de los primeros- que hacen plena prueba- solo tienen eficacia cuando son reconocidos legalmente, estos pueden ser impugnados por inexactitud o falsedad.

También tenemos, a la declaración de testigos, que en materia de divorcio por causal asumen particular relevancia las declaraciones de testigos, por cuanto se trata de probar hechos ocurridos en la intimidad del hogar. De manera tal, que en estos procesos pueden declarar los parientes de los cónyuges.

Por otra parte, daremos a conocer que el cónyuge no podrá demandar el divorcio por esta causal en el caso que haya provocado, consentido o perdonado; asimismo, cuando ambos cónyuges hayan cohabitado con posterioridad al conocimiento del adulterio, en cuya situación no se podrá iniciar o proseguir con la acción de divorcio. La jurisprudencia, en una de sus sentencia ha señalado “que una copia fotostática del acta de nacimiento de la menor, no es prueba suficiente para acreditar la causal materia de controversia, porque el demandado no aparece como declarante en señal reconocimiento de la menor, y que además

las cuatro cartas amorosas presentadas como prueba de adulterio tampoco producen plena convicción en el juzgador ya que no está demostrada la autoría de dichas correspondencias, ni que el destinatario sea realmente el demandante...”

En el caso de la doctrina argentina corresponde al actor acreditar los extremos invocados como carga procesal, mencionan también a la confesión como medio de prueba, tanto en su forma de producción a través de la absolución de posiciones, como en la extrajudicial, ficta o de reconocimiento. Se ha tomado en cuenta también el testimonio y las cartas misivas por la necesidad de contar con elementos probatorios en causales de adulterio donde la prueba directa es prácticamente imposible.

E.- Caducidad

Gutiérrez Camacho, Walter. (2003). Respeto de la caducidad, el art. 339 del Código Civil prescribe que la acción de divorcio por la causal de adulterio caduca a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge ofendido y, en todo caso a los cinco años de producida.

Como se aprecia son dos los supuestos establecidos para el plazo de caducidad de la acción de adulterio: por un lado, el lapso de 6 meses desde que fuera conocido por el cónyuge ofendido, en cuyo caso se remite a la prueba; y por otro lado, tenemos el plazo de 5 años de producida la causal. Respecto a este último supuesto la Corte Suprema de Justicia ha adoptado claramente dos criterios: como primer criterio, se ha establecido que el plazo de caducidad empieza a correr a partir de la fecha de nacimiento del hijo adulterino y que consta en la partida de nacimiento asentada por el padre del mismo; y como segundo criterio, se ha comprendido que la causal se produce a la fecha de concepción de ese hijo extramatrimonial.

Sin embargo, con respeto al plazo de caducidad, un sector mayoritario, sostiene que la continuidad en el adulterio, a través de una relación permanente,

impide que el término de caducidad transcurra; mientras que el otro considera que esa situación no afecta el término legal, siendo importante tan sólo el momento de conocimiento de la ocurrencia del hecho invocado, limitándose a una aplicación formalista de la ley.

5. REQUISITOS PARA EL ADULTERIO:

Ruiz López, Ricardo Paul (2014). Asimismo, el adulterio en la antigua roma era considerado como el hecho más grave que daba facultades al padre o al marido de matar a su hija o esposa, así como también al amante. Dicho hecho ocurría cuando un hombre, casado o soltero, era sorprendido en el acto carnal con una mujer casada. Si la mujer era soltera, o si era una prostituta o extranjera o esclava, no se consideraba adulterio, aún si el hombre con el que era sorprendido era casado. Para que se produzca el adulterio deben reunirse necesariamente ciertos requisitos:

5.1- ELEMENTO SUBJETIVO

Está constituido por la decisión voluntaria del transgresor de practicar con persona distinta de su consorte, con intención consciente y deliberada. Está encaminada a violar el deber conyugal de fidelidad previsto en el artículo 288 del Código Civil. De donde deducimos que, si la voluntad fue coaptada, por cualquier medio idóneo, no existe adulterio.

5.2- ELEMENTO OBJETIVO

La relación sexual debe ser cierta, real, evidente y consumada. En consecuencia, no se considerará como adulterio la tentativa, las simples relaciones amorosas o la intimidad erótica. Las relaciones sexuales deberán producirse entre personas de distinto sexo. El homosexualismo no está considerado como causal de adulterio.

5.3- ACTITUD DEL CÓNYUGE OFENDIDO

No puede intentarse la separación de cuerpos o el divorcio cuando el conyuge ofendido provoco, consintió o perdono el adulterio. Tampoco procede si después de tener conocimiento del adulterio cohabitó con el cónyuge ofensor. La causal de adulterio puede ser cometida por el hombre o por la mujer, puesto que la ley no hace distinciones. Sin embargo, se considera de mayor gravedad el adulterio cometido por la esposa por introduce en el hogar a un hijo que no es de su marido, con la agravante de tener una presunción legal a su favor que dice: el hijo nacido durante el matrimonio dentro de los 300 días siguientes a su disolución tiene por padre al marido.

6. EL DIVORCIO POR ADULTERIO O DIVORCIO POR INFIDELIDAD EN EL PERÚ

Dávila, Wendy. (2015). El adulterio se constituye cuando se falta a una obligación fundamental del matrimonio, la fidelidad.

Para que se configure el adulterio uno de los cónyuges debe haber tenido acceso carnal, es decir, relaciones sexuales con un tercero.

Téngase en cuenta que, si la cónyuge sale embarazada de otra persona que no es el cónyuge, ante la ley, este hijo se presumirá del esposo, art. 362 del Código Civil. A esto se llama Presunción Legal (o presunción legal de filiación).

Por ejemplo, el marido puede invocar la infidelidad como causal de divorcio y no cuestionar la filiación del menor ya que quiere al menor como si fuera su hijo. El accionar del cónyuge es facultativo por lo tanto el hijo que nació durante el matrimonio continuará amparado por la presunción legal.

En consecuencia, hay que distinguir entre lo que sería la falta a los deberes de fidelidad que puede dar lugar a demandar el divorcio por la causal de

adulterio y por otro lado lo referente a los alcances de la presunción de paternidad.

a) El divorcio por causal de adulterio y las pruebas, art. 333 inc. 1

En este caso se deben usar los medios probatorios permitidos por la ley. De igual modo, también se admiten los medios probatorios auxiliares como son los indicios (arts. 275, 276 del Código Procesal Civil del Perú).

La ley impide al cónyuge que fue adúltero o infiel, que perdonó o consintió la infidelidad, que haya cohabitado con el cónyuge culpable luego del acto infiel, e incluso luego de iniciado el proceso, que pueda interponer una demanda de divorcio por adulterio. Por otro lado, tampoco hay adulterio si uno de los cónyuges que quiere divorciarse a toda costa contrata a alguien para que seduzca a su cónyuge.

Ejemplo. Si los cónyuges tienen un hijo después de que la esposa ha cometido una infidelidad. El esposo no puede demandar el divorcio por adulterio ya que en este caso ha perdonado la infidelidad. Por lo tanto, la reconciliación borra toda falta hecha.

b) Cuándo vence el plazo para poder interponer la demanda de divorcio por adulterio, Es decir, ¿cuándo caduca la acción?

El plazo vence a los seis meses de conocida la causa por el cónyuge ofendido y en todo caso cinco años de conocida ésta, art. 339 del Código Civil Peruano.

CADUCA A LOS SEIS MESES: cuando el ofendido conoce de la infidelidad de su cónyuge dentro del plazo determinado por la ley y al conocer del adulterio este ofendido decide perdonarlo y así ya no podrá demandar por ese plazo señalado, pero si no o perdona podrá accionar con su demanda por adulterio.

CADUCA POR CINCO AÑOS: Si es producida dentro de los cinco años y el cónyuge ofendido no conoce de la infidelidad podrá demandar por adulterio aun superando el plazo previsto de seis meses, pero si supera este plazo ya no podrá demandar.

En este caso el cónyuge ofendido tiene sólo seis meses para interponer la demanda de divorcio por adulterio o infidelidad. Después de este plazo prescribe la acción.

Sin embargo, aquí hay que tener en cuenta algo muy importante, si se trata de un adulterio continuado, por ejemplo, si la cónyuge culpable comete infidelidad en distintos períodos y con diferentes hombres. En este caso la acción caduca cuando se termina la última relación (Ejecutoria Suprema del 7 de mayo de 1993).

Con referencia a los cinco años de conocida ésta, ponemos un ejemplo de caducidad de la acción o plazo para interponer la demanda de divorcio por adulterio

La demandante aparea a la demanda cuatro partidas de nacimiento de los hijos extramatrimoniales de su esposo, 2005, 2013, 2014 y 2015. En este caso no se produciría la caducidad a los cinco años de haber nacido el primer hijo, sino producido el nacimiento del último hijo, art. 339 del Código Civil Peruano. Mientras que no se compruebe que se ha puesto fin a las relaciones adulterinas no cesa la prescripción.

La causal de adulterio no es en sí la inscripción de los menores en el Registro Civil sino las relaciones extramatrimoniales del cónyuge infiel.

c) En el divorcio por adulterio se puede indemnizar al cónyuge inocente o afectado

Sí, en este caso se trata de un daño moral causado al cónyuge inocente.

Por ejemplo: se está casado hace 15 años, el padre o la madre se ha quedado al cuidado de los hijos, ha tenido que postergar su vida profesional por

el cuidado de la familia, y ahora el esposo o la esposa lo deja por estar con otra persona.

En mi opinión, tanto la falta del hombre o de la mujer a los deberes de fidelidad en el matrimonio, debería ser sancionada por igual, salvo que haya perdón, lo que es una decisión muy personal. Todos podemos equivocarnos o confundirnos, sin embargo, tendremos que hacernos cargo de las consecuencias de nuestros actos.

7. CLASES DE DIVORCIO

Hinostroza Minguez Alberto (2010). La doctrina contempla diversas clasificaciones del divorcio, siendo la clasificación tradicional aquella que diferencia el divorcio “absoluto” del divorcio “relativo”, según quede o no subsistente el vínculo matrimonial. Sin embargo, para el caso concreto nos centraremos en aquella clasificación que toma como parámetro para su determinación al elemento subjetivo (la existencia o no de culpa) y al elemento objetivo. Así tenemos que el divorcio puede ser de dos clases:

7.1- DIVORCIO SANCIÓN

Es aquél que considera sólo a uno de los cónyuges o a ambos como responsable de la disolución del vínculo matrimonial por incumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales que impone la ley o por la conducta que el Juez valora como grave por ser moralmente negativa y que trae como consecuencia la sanción del culpable que se proyecta en diversos aspectos, como son la pérdida de los derechos hereditarios, de los derechos alimentarios, de la patria potestad, entre otros.

Según, “la causal culposa constituye un hecho voluntario consistente en el incumplimiento de alguno de los deberes matrimoniales a la que la legislación directamente o a través de la facultad de apreciación del hecho por el Juez califica

negativamente y de grave. Del establecimiento de la culpabilidad o inocencia de uno de los cónyuges se obtiene determinados beneficios o perjuicios, que sería distintos al caso en que los dos fueran calificados de culpables”.

También respecto de esta causal, han señalado que: “De acuerdo con ella, la consideración de determinados hechos antijurídicos como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido constituye una sanción cuya imposición queda al arbitrio de éste, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. En consecuencia, el proceso de divorcio es un debate sobre la culpabilidad o la inocencia y determina la búsqueda, a veces escandalosa y nada conveniente, de los más escondidos pliegues de la vida conyugal; En el llamado divorcio sanción se buscan aquellos hechos que entrañan incumplimientos graves de los deberes dimanantes de la relación conyugal, que son especialmente el abandono, el adulterio, y otras situaciones similares”.

7.2- DIVORCIO REMEDIO

Es aquél en el que el juzgador se limita a verificar la separación de los cónyuges sin necesidad de que sean tipificadas conductas culpables imputables a alguno de ellos. Aquí, el divorcio no importa ni trae consigo una sanción a las partes, sino la solución a los casos en los que la relación conyugal se ha quebrado de forma irrevocable y no se cumplen los fines del matrimonio. El divorcio no tiene el efecto de frustrar la relación matrimonial ni sus fines, sino que viene a declarar una situación fáctica de frustración matrimonial que acaeció mucho antes de que se iniciara el proceso de divorcio. En el caso concreto, la separación de hecho de los cónyuges, probada en el proceso respectivo, confirma la quiebra del matrimonio, independientemente de cuál de los cónyuges lo demande o cuál de ellos lo motivó.

El simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio; de allí que se ha dado a denominarla como la tesis de la frustración de la finalidad social del instituto, que coincide con la imposibilidad de recomponer la ruptura de la vida conyugal producido por el fracaso razonablemente irreparable del matrimonio. Ante tal perspectiva, podemos sub clasificar al divorcio remedio en:

a) DIVORCIO REMEDIO RESTRINGIDO: Cuando la ley restringe, bajo enunciados bien enmarcados, la situación objetiva que da lugar a su configuración.

b) DIVORCIO REMEDIO EXTENSIVO: Que se configura cuando comprende una causal potestativa descrita expresamente por el legislador (numerus clausus), o cuando de manera nominada o innominada alude a una situación compleja de ruptura matrimonial sujeta a calificación judicial (numerus apertus).

Respecto de esta sub clasificación: “Si se adopta esta premisa divorcio remedio pueden seguirse dos vías distintas para regular los hechos determinantes del divorcio, según se prefiera dejar muy abierta la fórmula legislativa a modo de una cláusula general, de suerte que sean los tribunales quienes la vayan llenando de sentido y desenvolviendo a través de una casuística que se tipificará jurisprudencialmente, que es la línea seguida por los países anglosajones, o que en cambio se trate de dotar de un mayor automatismo a los tribunales de justicia, lo que inversamente requiere un mayor casuismo legislativo y unos tipos más cerrados. En esta tesitura nuestro legislador ha preferido el automatismo legislativo y ha construido el hecho determinante del divorcio a partir de una situación de separación que ha durado un tiempo razonable. Se considera que un matrimonio

que ha vivido separado a lo largo de un periodo de tiempo es muy difícil que vuelva a unirse”.

A diferencia del divorcio sanción, el divorcio remedio puede ser decretado a pedido de uno de los cónyuges, como también puede presentarse a pedido de ambos esposos por mutuo consentimiento, sin atender a causal inculpatoria alguna. En países como España, por ejemplo, a raíz de la expedición de la Ley 15/2005 que modificó el Código Civil en materia de separación y divorcio, se eliminaron las causales de divorcio sanción, y se ha optado únicamente por el divorcio remedio, de forma tal que el mismo puede decretarse sin que sea necesario alegar causa alguna y sin necesidad de tramitar o acreditar la separación previa (separación judicial o de hecho, respectivamente), pudiendo presentar el pedido ambos cónyuges, o sólo uno de ellos con el consentimiento del otro (ambos casos conocidos como divorcio consensuado), o por uno de los cónyuges sin asentimiento del otro (divorcio contencioso), bastando que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, no siendo preciso el transcurso del plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

La distinción entre el divorcio como sanción al cónyuge culpable, o como remedio a una comunidad insostenible, obedece a la complejidad de las relaciones que se establecen entre los cónyuges, así como de sus efectos, producto del cumplimiento de los deberes conyugales y fines propios del matrimonio, conflicto que nace y se acrecienta en la medida que los esposos, con los hijos que trajeron al mundo, no pueden, no saben o no quieren asumir el proyecto existencial de naturaleza ética que propone la unión, sin que para ello deba mediar necesariamente la comisión de hechos ilícitos.

Cuando se señalan acertadamente que: “Según una tendencia, la separación personal o el divorcio sólo pueden ser decretados judicialmente ante la alegación y prueba de hechos culpables, de uno o de ambos cónyuges. La otra tendencia se manifiesta en la posibilidad de decretar la separación personal o el divorcio, aun sin alegar hechos imputables a uno de los cónyuges, o a los dos, si, no obstante, el vínculo matrimonial está desquiciado y la vida en común resulta imposible o intolerable. Desde esta perspectiva no se requiere la tipificación de conductas culpables; la separación o el divorcio importan, esencialmente, un remedio, una solución al conflicto matrimonial (y no una sanción) tendiente a evitar mayores perjuicios para los cónyuges y los hijos”.

En las legislaciones más modernas tiende a prevalecer el concepto de divorcio como remedio, sin que interese investigar cuál de los cónyuges dio causa al conflicto, o, lo que es igual, cuál de esos cónyuges es el culpable del divorcio. Es que lo fundamental, de acuerdo con el desarrollo que las modernas ciencias sociales han realizado coadyuvando al progreso del derecho a través de la observación, es evitar que los vínculos familiares se desquicien por el mismo proceso de divorcio, de las imputaciones recíprocas que allí se hacen los cónyuges”.

8. LEGISLACION NACIONAL

8.1- LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERU

Artículo 4°. Protección a la familia. Promoción del matrimonio.

La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad.

CODIGO CIVIL**TITULO IV****DECAIMIENTO Y DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO****CAPITULO PRIMERO****"Artículo 333.- Causales**

Son causas de separación de cuerpos:

➤ El adulterio.

CAPITULO SEGUNDO**Divorcio****Noción**

Artículo 348.- El divorcio disuelve el vínculo del matrimonio.

"Artículo 349.- Causales de divorcio

Puede demandarse el divorcio por las causales señaladas en el Artículo 333, incisos del 1 al 12.”.

CODIGO PROCESAL CIVIL**SECCION QUINTA
PROCESOS CONTENCIOSOS****TITULO I
PROCESO DE CONOCIMIENTO****Capítulo I**

Disposiciones generales

Artículo 475.- Procedencia.-

Se tramitan en proceso de conocimiento ante los Juzgados Civiles los asuntos contenciosos

que:

1. No tengan una vía procedimental, no estén atribuidos por ley a otros órganos jurisdiccionales y, además, cuando por su naturaleza o complejidad de la pretensión el Juez considere atendible su empleo; (*)
2. La estimación patrimonial del petitorio sea mayor de trescientas Unidades de Referencia Procesal;
3. Son inapreciables en dinero o hay duda sobre su monto, y siempre que el Juez considere atendible su empleo;
4. El demandante considere que la cuestión debatida sólo fuese de derecho; y,
5. La ley señale.

(*) Inciso vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo 3 de la Ley Nº 27155, publicada el 11-07-99.

Artículo 476.- Requisitos de la actividad procesal. -

El proceso de conocimiento se inicia con la actividad regulada en la sección cuarta de este libro, sujetándose a los requisitos que allí se establecen para cada acto.

Artículo 477.- Fijación del proceso por el Juez. -

En los casos de los incisos 1. y 3. del Artículo 475, la resolución debidamente motivada que declara aplicable el proceso de conocimiento en sustitución al propuesto, será expedida sin citación al demandado y es inimpugnable.

Artículo 478.- Plazos. -

Los plazos máximos aplicables a este proceso son:

1. Cinco días para interponer tachas u oposiciones a los medios probatorios, contados desde la notificación de la resolución que los tienen por ofrecidos.
2. Cinco días para absolver las tachas u oposiciones.
3. Diez días para interponer excepciones o defensas previas, contados desde la notificación de la demanda o de la reconvención.
4. Diez días para absolver el traslado de las excepciones o defensas previas.
5. Treinta días para contestar la demanda y reconvenir.
6. Diez días para ofrecer medios probatorios si en la contestación se invoca hechos no expuestos en la demanda o en la reconvención, conforme al Artículo 440.
7. Treinta días para absolver el traslado de la reconvención.
8. Diez días para subsanar los defectos advertidos en la relación procesal, conforme al Artículo 465.
9. Veinte días para la realización de la audiencia conciliatoria, conforme al Artículo 468.
10. Cincuenta días para la realización de la audiencia de pruebas, conforme al segundo párrafo del Artículo 471.
11. Diez días contados desde realizada la audiencia de pruebas, para la realización de las audiencias especial y complementaria, de ser el caso.
12. Cincuenta días para expedir sentencia, conforme al Artículo 211.
13. Diez días para apelar la sentencia, conforme al Artículo 373.

Artículo 479.- Plazo especial del emplazamiento. -

Para los casos previstos en el tercer párrafo del Artículo 435, los plazos serán de sesenta y noventa días, respectivamente.

Capítulo II

Disposiciones especiales

Subcapítulo 1

Separación de cuerpos o divorcio por causal

“Artículo 480.- Tramitación

Las pretensiones de separación de cuerpos y de divorcio por las causales señaladas en los incisos 1 al 12 del Artículo 333 del Código Civil se sujetan al trámite del Proceso de Conocimiento, con las particularidades reguladas en este Subcapítulo.

Estos procesos sólo se impulsarán a pedido de parte."

(*) Artículo vigente conforme a la modificación establecida por el Artículo 7 de la Ley N° 27495, publicada el 07-07-2001.

Artículo 481.- Intervención del Ministerio Público. -

El Ministerio Público es parte en los procesos a que se refiere este Subcapítulo, y, como tal, no emite dictamen.

Artículo 482.- Variación de la pretensión. -

En cualquier estado del proceso antes de la sentencia, el demandante o el reconviniente, pueden modificar su pretensión de divorcio a una de separación de cuerpos.

Artículo 483.- Acumulación originaria de pretensiones. -

Salvo que hubiera decisión judicial firme, deben acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u

obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal.

No es de aplicación, en este caso, lo dispuesto en los incisos 1. y 3. del Artículo 85.

Las pretensiones accesorias que tuvieran decisión judicial consentida, pueden ser acumuladas proponiéndose su variación.

Artículo 484.- Acumulación sucesiva. -

Los procesos pendientes de sentencia respecto de las pretensiones accesorias citadas en el

Artículo 483, se acumulan al proceso principal a pedido de parte.

La acumulación se solicitará acreditando la existencia del expediente, debiendo el Juez ordenar se remita éste dentro de tercer día, bajo responsabilidad. El Juez resolverá su procedencia en decisión inimpugnable.

Artículo 485.- Medidas cautelares. -

Después de interpuesta la demanda son especialmente procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges; alimentos; tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisionales; y administración y conservación de los bienes comunes.

JURISPRUDENCIAS NACIONALES

1.- Revisaremos las resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de la República en las que analizan fundamentalmente el deber de calificar una demanda y su contenido.

- “(...) Divorcio por Casual de Adulterio y otros Asimismo, se debe tener presente que en la sentencia de vista se señala que "debido a que si bien se acreditó en autos la concurrencia de los elementos de la responsabilidad civil, tan bien es cierto que se acreditó que el daño causado en la actora no resulta, a criterio de este Colegiado, proporcional con la indemnización dispuesta; ello considerando que, como precisó la propia actora, los sujetos procesales se encontraban separados de hecho, lo que obviamente pone de manifiesto que la relación se encontraba resquebrajada; sumado a ello, el único medio probatorio que sustenta el daño alegado por la demandante es el dictamen pericial del daño sufrido, el mismo que resulta congruente con lo indicado por sus hijos en las pericias psicológicas de las cuales fueron objeto, pero que no acredita un daño proporcional al pedido indemnizatorio propuesta. **(Casación N° 2204-2017/Puno; de la Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Permanente publicado el 24 de Julio de 2017))**.

- “(...) El demandante ha venido haciendo uso único y exclusivo de dicho bien, arrendándolo, aprovechando que ella se encontraba en argentina trabajando con el consentimiento y conocimiento del demandante. reconvención: asimismo la demandada a fojas ochenta y nueve formula reconvención por las causales de adulterio, alimentos e indemnización por daño moral, postulando como agravios: principal: divorcio absoluto por causal de adulterio y conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común, pues el demandante ha procreado una hija con persona distinta que no es su cónyuge con quien incluso vive en el hogar conyugal, desarrollando una vida familiar a la vista de todos los vecinos y familiares. **(casación.**

Nº 4021-2014/La Libertad; Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica Publicado el 31 de agosto de 2016).

- “(...) En la segunda instancia la Sala Superior, revocó el auto que declaraba infundada la excepción. Esto, porque para el colegiado lo esencial fue que el propio esposo haya puesto en conocimiento su culpabilidad (adulterio) a través de la comunicación que le hizo a la demandante en un proceso de alimentos y violencia familiar sobre la existencia de una hija procreada por él fuera del matrimonio. La sala superior se basó, por el contrario, en el primer párrafo del artículo 339 del Código Civil. el cual enuncia que la posibilidad de demandar divorcio por causal de adulterio caduca a los seis meses de haberse conocido el hecho, siendo que el presunto esposo culpable del divorcio admitió la infidelidad el 09 de julio de 2010 y la cónyuge demandó el 29 de agosto de 2011. **(Casación Nº 3475-2014/Lima Norte; Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República publicado el 30 de setiembre 2016).**

- “(...) Agrega que se encuentra separado de la demandada desde el año mil novecientos noventa y nueve, en que tomó conocimiento de los actos adulterinos de aquélla, producto de los cuales procreó al menor de iniciales F.F.V.P., nacido el día catorce de julio del año dos mil. Señala también que con la demandante han levantado una casa de material noble ubicada en la manzana S, lote Doce, calle Bellavista, en el asentamiento humano El Carmen - Huaura, la misma que voluntariamente se la cede a sus hijos mayores.

(Casación N° 5060-2011/ Huaura; Corte Suprema de Justicia - Sala Civil Transitoria publicado el 14 de noviembre de 2012).

- “(...) El adulterino constituye una causal para el divorcio como sanción porque considera solo a uno de los cónyuges como responsables de la disolución del vínculo matrimonial por el incumplimiento del deber de fidelidad que nace del matrimonio, dando lugar a la existencia de un cónyuge culpable. Por ende y teniendo en cuenta la especial configuración de la causal de adulterio, para el supremo tribunal las pruebas que se presenten para acreditarla deben ser valoradas de manera razonada por el juez de la causa. **(Casación N° 4713-2011/ Cuzco; Corte Suprema de Justicia de la Sala Civil Permanente publicado el 27 de abril del 2014).**

- “(...) La causal de divorcio por adulterio es una de naturaleza subjetiva o inculpatoria, consistente en la violación deliberada del deber de fidelidad por el hecho de mantener una relación sexual extramatrimonial, esta causal solo puede ser ejercitada por el cónyuge agraviado; se le ha denominado divorcio sanción, ya que las consecuencias del divorcio por esta causa se reflejan en el recorte de ciertos derechos del cónyuge culpable, tales como la pérdida al derecho a heredar, la pérdida de los gananciales, entre otros. **(Casación N° 5079-2007/ Lima; Corte Suprema de justicia publicada el 03 de Setiembre del 2008).**

- “(...) Resulta importante, mencionar que, en este caso de divorcio por causal de adulterio, resulto fácil de acreditar su probanza, pues la demandante presento como medio de prueba, la partida de nacimiento de la hija extramatrimonial del demandado. Como lo hemos

señalado en el desarrollo del trabajo, que el adulterio supone una contravención al deber de fidelidad conyugal, el cual se lleva a cabo cuando uno de los cónyuges mantiene relaciones con otra persona, y que es muy difícil de acreditar, recordemos que tanto la jurisprudencia como la doctrina han considerado que dicha causal se puede acreditar con la partida de nacimiento del hijo extramatrimonial. Por lo tanto, en la presente controversia, queda acreditado la causal de adulterio. **(Casación N° 4907-2007/ San Martín; Emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema).**

PLENOS JURISDICCIONALES

PODER JUDICIAL

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE PUNO

UNIDAD ACADEMICA- COMISIÓN DE CAPACITACIÓN DE MAGISTRADOS

PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL CIVIL

Tema 01

Tema Problema

Familia ¿es procedente la postulación de demandas donde se acumule una causal de divorcio sanción por adulterio y divorcio remedio?

Exposición de motivos:

PRIMERA PONENCIA: admitir la demanda para no afectar la tutela jurisdiccional efectiva y será el juez quien al momento de sentenciar determinará la existencia de una acumulación subordinada.

SEGUNDA PONENCIA: no es posible invocar en una demanda de divorcio por causal de adulterio de la teoría del divorcio sanción con la del divorcio remedio, pues los efectos legales son parcialmente distintos y el III pleno

casatorio civil así lo insinúa. En tal sentido: debe declararse inadmisibile y conceder plazo para adecuar el petitorio de la demanda.

TERCERA PONENCIA: se puede acumular de manera originaria y sucesiva causales de divorcio sanción y divorcio remedio, en cuyo supuesto el juez al emitir sentencia primero debe pronunciarse respecto de las primeras.

VOTACION: en este acto el señor presidente de la comisión de capacitación, invita a los señores jueces superiores a emitir su voto respecto a las tres ponencias.

Primera ponencia 01 voto

Segunda ponencia: 01 voto

Tercera ponencia: 06 votos

Abstención: 00 votos.

CONCLUSIÓN PLENARIA: el pleno adopto por mayoría la tercera ponencia, que enuncia lo siguiente: “Se puede acumular de manera originaria o sucesiva causales de divorcio sanción y divorcio remedio, en cuyo supuesto al juez al emitir sentencia primero debe pronunciarse respecto de las primeras.”19 10 del 2015.

DERECHO COMPARADO

1.- EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

CONSECUENCIAS LEGALES DE LA INFIDELIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL: UNA APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL

Divorcio por infidelidad en España existe realmente

La legislación española contempla dos tipos de divorcio: el de mutuo acuerdo y el contencioso. El reparto de bienes entre las dos partes que se produzca en este proceso está condicionado a si el matrimonio se ha casado con separación de bienes o sin ella. En este reparto también influye si los cónyuges han tenido hijos fruto de su unión o no.

Los bienes propios en casos de divorcio

¿Puedo perder mi casa con separación de bienes? Si cuando contraes matrimonio firmas el documento de separación de bienes no podrás quedarte sin tu vivienda. Tampoco te quedarás sin ella si está procede de la herencia. Sin embargo, debes tener presente que, si hay descendientes, un juez puede dictaminar que conserve la residencia habitual (que en este caso pertenece a un único cónyuge) el tutor del menor. Aunque no se pierde la propiedad, sí el derecho de uso durante un determinado periodo de tiempo. Es necesario aclarar que para que esto suceda se tienen que dar las siguientes condiciones:

- La vivienda, propiedad de uno de los cónyuges, es la residencia habitual del matrimonio.
- No hay otra vivienda disponible que fuese la residencia habitual de la pareja durante el matrimonio.
- Existe riesgo de pobreza para el hijo y/o para el otro cónyuge al no contar con medios económicos.

1.- Las consecuencias de un divorcio por infidelidad

Si te estás preguntando si tiene consecuencias el divorcio por infidelidad, la respuesta es que no. Aunque está muy extendido el bulo de que las separaciones por esta causa tienen una mayor compensación en tribunales, obteniendo, por ejemplo, pensiones más altas, la realidad es completamente distinta.

La normativa española no contempla esta circunstancia como agravante en caso de divorcio. Aunque sí puede ser motivo para que la pareja se separe, no implica mayores derechos o indemnizaciones. Unido a otras razones que sí aparecen contempladas en las leyes que rigen el divorcio en España, la infidelidad sí puede emplearse como un argumento que acredita el abandono de las obligaciones conyugales o del hogar. Es decir, aunque no suponga agravante en sí mismo, sí puede ser interpretado por un juez si el abogado que lo demuestra lleva a otras conclusiones contempladas en el Código Civil.

1.1- Pensión de alimentos y custodia de los hijos

Por el contrario, la pensión alimenticia y la custodia de los hijos se fijan independientemente de las causas de divorcio. Así, la pensión alimenticia se determina atendiendo a cuestiones como los ingresos de los padres, el número de hijos, sus edades, si los descendientes tienen alguna enfermedad o grado de discapacidad... En la custodia de los hijos prevalece el derecho de los más pequeños a contar con el apoyo afectivo de sus progenitores. En ese sentido, la mayor parte de tribunales se orientan ahora a la custodia compartida.

En cualquier caso, cada divorcio tiene sus propias cuestiones que han de ser estudiadas por un profesional del derecho. Es más, aunque quieras, no puedes divorciarte sin contar con un abogado. Por eso, ya que debes contratar a uno, es recomendable que te dejes asesorar para evitar circunstancias que te afecten negativamente.

1.2- Indemnizaciones por Daños Morales Consecuencia de la Infidelidad

Pozanco, Nieto. Miriam y Rovira del Río, Eduardo Jesús. (2014). No son pocos los que han tratado de obtener una indemnización pecuniaria derivada de la infidelidad conyugal. Estas pretensiones suelen sustanciarse en el artículo

1101 del Código Civil, pues establece la responsabilidad de aquellos que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo o negligencia contraviniéndolas, o en el 1902, ya que impone la obligación de reparar los daños causados a otro cuando intervenga culpa o negligencia. Si bien es comprensible que la pretensión de una indemnización por los daños morales derivados de la infidelidad haya sido habitual en nuestros Tribunales a tenor de los artículos 1101 y 1902, en la práctica no se ha considerado válida esta argumentación para conceder una indemnización al demandante, ya que como se pone de manifiesto en numerosas sentencias, la infidelidad en nuestro ordenamiento se contempla más como una causa de disolución del matrimonio, entendiendo como castigo suficiente por la misma la desaparición del vínculo matrimonial.

2.- LEGISLACION EN COLOMBIA

¿QUÉ DEFINIÓ LA CORTE SOBRE EL DIVORCIO POR INFIDELIDAD?

<http://www.elpais.com.co/colombia/que-definio-la-corte-sobre-el-divorcio-por-infidelidad-resuelva-aqui-las-dudas.html> (2017).

La Corte dejó en firme la forma como ya estaban consagradas las causales de divorcio en el Código Civil. Se ratificó que el único que puede pedir el divorcio es el cónyuge inocente y no el causante del mismo.

Y se debe dejar claro que no solo aplica para casos de infidelidad sino también para personas que son consideradas cónyuges inocentes frente a otras causales de divorcio.

También cabe precisar que la infidelidad no solo abarca las relaciones sexuales extra matrimoniales sino otras conductas.

¿cuáles son esas conductas?

La relación sexual extra matrimonial es una de las nueve causales de divorcio, pero una persona puede considerar que, aunque no tiene pruebas de esa falta su pareja le faltó al respeto con otras conductas como tomarse de la mano o besarse.

Estos últimos comportamientos se enmarcan en la segunda causal de divorcio que es el incumplimiento de los deberes del cónyuge frente al otro y frente a los hijos. Y uno de los deberes del contrato matrimonial es el respeto, la ayuda y socorro mutuos.

¿Cómo probar que hubo una relación sexual extra matrimonial?

El juez pide un registro civil de nacimiento, porque a través de dicho documento se prueba la filiación de un padre o una madre con un niño nacido por fuera del matrimonio.

¿Si no hay un hijo de por medio, pero sí hubo relación sexual extra matrimonial, ¿qué pasa con pruebas como videos, fotos, que demuestren la infidelidad?

Procesalmente en un divorcio se debe tener mucho cuidado con allegar pruebas que puedan llegar a vulnerar la privacidad del cónyuge y así evitarse el riesgo de una denuncia penal. Hay que evaluar como abogado el tema y verificar el modo de obtención de la prueba.

¿Entonces esas pruebas no tienen validez?

Lo correcto es pedir al juez que decrete la práctica de esas pruebas. Con ese aval podrían presentarse.

¿Cuáles son las principales causales de divorcio en Cali?

Con base en la práctica y mi experiencia, las causales más comunes son el maltrato, la separación de cuerpos de más de dos años y hay un alto número de parejas que optan por el divorcio de mutuo acuerdo que se puede tramitar por notaría o ante juzgado de familia. En el caso de infidelidad por relaciones extra matrimoniales no hay tantas demandas por falta de pruebas.

¿Qué tanto tarda divorciarse?

El divorcio contencioso (el que invoca las causales que mencioné exceptuando la de mutuo acuerdo, puesto que implica controversia o pugna) es un trámite que implica un mayor desgaste tanto procesal como emocional para las partes. El de mutuo acuerdo incluye honorarios de un abogado más la tarifa notarial que pone la Superintendencia de Notariado y Registro cuando se opta por llevarlo ante notario.

¿Cuánto puede durar un trámite de divorcio?

El contencioso es más largo, puede durar de seis meses o hasta dos años. Si es de mutuo acuerdo, sin hijos, y se disuelve la sociedad conyugal sin bienes de por medio, puede durar 15 días.

3.- LEGISLACION CHILENA

LEY DE MATRIMONIO CIVIL

19.947

En Chile el adulterio no es un delito, sin embargo, es una causal de divorcio. La Nueva Ley de Matrimonio Civil, mal llamada ley del divorcio; señala " El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común." Al respecto se debe señalar que el

adulterio constituye una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio toda vez que es un deber de los cónyuges guardarse fidelidad mutua. El adulterio infringe el deber de fidelidad mutua, por lo que constituye una causal para demandar el divorcio ante los Tribunales de Familia chilenos.

Capítulo VI Del divorcio

Artículo 53º

El divorcio pone término al matrimonio, pero no afectará en modo alguno la filiación ya determinada ni los derechos y obligaciones que emanan de ella.

Párrafo 1º

De las causales

Artículo 54º

El divorcio podrá ser demandado por uno de los cónyuges, por falta imputable al otro, siempre que constituya una violación grave de los deberes y obligaciones que les impone el matrimonio, o de los deberes y obligaciones para con los hijos, que torne intolerable la vida en común.

Se incurre en dicha causal, entre otros casos, cuando ocurre cualquiera de los siguientes hechos:

- Atentado contra la vida o malos tratamientos graves contra la integridad física o psíquica del cónyuge o de alguno de los hijos;
- Trasgresión grave y reiterada de los deberes de convivencia, socorro y fidelidad propios del matrimonio. El abandono continuo o reiterado del hogar común, es una forma de trasgresión grave de los deberes del matrimonio;

- Condena ejecutoriada por la comisión de alguno de los crímenes o simples delitos contra el orden de las familias y contra la moralidad pública, o contra las personas, previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal, que involucre una grave ruptura de la armonía conyugal;
- Conducta homosexual;
- Alcoholismo o drogadicción que constituya un impedimento grave para la convivencia armoniosa entre los cónyuges o entre éstos y los hijos, y
- Tentativa para prostituir al otro cónyuge o a los hijos.

Artículo 55º

Sin perjuicio de lo anterior, el divorcio será decretado por el juez si ambos cónyuges lo solicitan de común acuerdo y acreditan que ha cesado su convivencia durante un lapso mayor de un año.

En este caso, los cónyuges deberán acompañar un acuerdo que, ajustándose a la ley, regule en forma completa y suficiente sus relaciones mutuas y con respecto a sus hijos. El acuerdo será completo si regula todas y cada una de las materias indicadas en el artículo 21. Se entenderá que es suficiente si resguarda el interés superior de los hijos, procura aminorar el menoscabo económico que pudo causar la ruptura y establece relaciones equitativas, hacia el futuro, entre los cónyuges cuyo divorcio se solicita.

Habrà lugar también al divorcio cuando se verifique un cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de, a lo menos, tres años, salvo que, a solicitud de la parte demandada, el juez verifique que el demandante, durante el cese de la convivencia, no ha dado cumplimiento, reiterado, a su

obligación de alimentos respecto del cónyuge demandado y de los hijos comunes, pudiendo hacerlo.

En todo caso, se entenderá que el cese de la convivencia no se ha producido con anterioridad a las fechas a que se refieren los artículos 22 y 25, según corresponda.

La reanudación de la vida en común de los cónyuges, con ánimo de permanencia, interrumpe el cómputo de los plazos a que se refiere este artículo

EL ADULTERIO ANTE EL DERECHO CHILENO

Los cónyuges están obligados a guardarse fe”. De esta forma el artículo 131 del Código Civil estableció el denominado deber de fidelidad que pesa entre los cónyuges con motivo del matrimonio. Su contenido no se encuentra expresamente señalado en nuestro ordenamiento jurídico, de manera que se ha discutido su alcance.

Y es que, según el Diccionario de la Real Academia Española, fidelidad es lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona, esto es, el cumplimiento de la palabra que se da o promesa que se hace a alguien con cierta solemnidad o publicidad. La doctrina más tradicional ha entendido que tal deber jurídico se limita a la prohibición de mantener relaciones sexuales con terceros. Sin embargo, en la actualidad, los Tribunales Superiores de Justicia han tendido a reconocer que este deber de guardarse fe “no sólo se estrecha en los angostos límites de la fidelidad sexual, sino que se proyecta en todos los ámbitos de la vida, la que no aparece determinada solamente por la naturaleza y fines de la institución matrimonial y, por ende, se extiende a todos los ámbitos en los cuales se proyecta la comunidad de vida entre marido y mujer. En este sentido más amplio, se ha entendido a la fidelidad como el requerimiento y deber de exclusividad entre los cónyuges respecto de las relaciones sexuales y de las

manifestaciones afectivas propias de la relación afectiva de una pareja. Cualquiera sea la posición que al respecto se adopte, resulta indesmentible que el adulterio constituye una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio. Ello, toda vez que el artículo 132 del Código Civil así lo dispone. La misma norma señala que cometen adulterio la mujer casada que yace con varón que no sea su marido y el varón casado que yace con mujer que no sea su cónyuge. En similares términos, la Real Academia Española define al adulterio como la relación sexual voluntaria entre persona casada y otra de distinto sexo que no sea su cónyuge.

ANALISIS DEL PROBLEMA

Según nuestro Código Civil Peruano, el artículo 333 y 348 de C.C. regula muy exigentemente el divorcio por infidelidad (Adulterio). Solamente se limita a señalar que dicho acto se constituye como causal de divorcio.

Ahora bien, hemos dicho que lo que se sanciona con el divorcio es el acto sexual con persona distinta al cónyuge. Sin embargo, tampoco el mero acto sexual basta para determinar la actuación de la causal de divorcio por adulterio.

Bajo esta óptica, los estudiosos del derecho señalan que para que se configure dicha causal se requiere que además del acto material (el acto sexual) exista intención. Es decir, el cónyuge que tuvo contacto sexual con persona distinta, tiene que haber tenido la voluntad de hacerlo, de lo contrario no se habrá configurado la causal de divorcio.

Al margen de que se presente algún caso en el que se pueda probar con contundencia el acto sexual, por lo general nuestro Código Civil acepta la prueba indiciaria.

Por ello, las pruebas aportadas en un proceso de divorcio por adulterio son la partida de nacimiento de hijo extramatrimonial concebido durante el matrimonio, así como, la prueba de convivencia pública.

CONCLUSIONES

- El adulterio consiste en la relación coital existente entre un hombre o una mujer con persona diferente a la de su cónyuge; esta causal resulta muy complicada de comprobar pues sobre todo porque se debe probar fehacientemente el acto sexual cometido por el cónyuge infractor; se tiene que tener en cuenta que las relaciones adulterinas propiamente dichas se realizan en la intimidad, de un cuarto cerrado, haciendo casi improbable obtener pruebas directas.
- En nuestro país tanto la legislación, como la doctrina y la jurisprudencia son unánimes al expresar que dado que resulta muy difícil y tedioso someter al cónyuge ofendido a probar directamente el adulterio se acepta la prueba presunción al claro está teniendo en cuenta el caso en concreto.
- De las pruebas ordinarias y principales que se pueden ofrecer según nuestra legislación, resultan mucho más eficientes: La confesión del cónyuge adulterino, aunque este medio a utilizar resulte casi utópico y La presentación de la partida de nacimiento del hijo producto de la infidelidad; ya que las fotografías, las cartas y los testimoniales muchas veces no se aceptan como prueba en los juicios para acreditar esta causal.
- Aunque el adulterio no constituye un delito, es sin embargo la primera y la principal de las trece causas de divorcio en nuestra legislación; y de probarse, puede tener consecuencias graves en perjuicio de los intereses del cónyuge que comete el adulterio; de los supuestos que configuran esta causal el principal es el acto sexual consumado.

RECOMENDACIONES

- ✓ La primera causal de divorcio que contempla nuestra legislación corresponde al adulterio, siendo que su principal problema radica en que el Código Civil Peruano no ha procedido a legislar una definición clara y concreta de esta causal. Claro está que la falta de una definición provoca múltiples inconvenientes al juzgador, ello para los efectos de entender su significado, acepción gramatical y naturaleza jurídica como bien lo ha diseñado la doctrina y jurisprudencia.
- ✓ El adulterio se encuentra regulado como causal en el artículo 333º inciso 1º de nuestro Código Civil Peruano, a ello no indica una definición ni requisitos para entender esta causal; pues a ellos los operadores judiciales se ha visto muy complicado resolver casos de esta materia. Asimismo, buscando información de sentencia no hallamos casos resueltos en temas de adulterio si no como separación de cuerpo y otras causales.
- ✓ Al estar presente frente a un caso sobre este tema para posteriormente obtener el divorcio los operadores judiciales no encuentran la manera de poder resolver un caso, ya que no se ha visto casos ni se ha encontrado casaciones, jurisprudencia etc., pues a ellos es difícil de poder resolver un caso en tema de adulterio por la misma que es algo difícil de probar y demostrar el adulterio por parte de uno de los cónyuges.
- ✓ La única forma de demostrar un adulterio es la presunción, que es un razonamiento lógico que realiza el juez para deducir de un hecho conocido a uno desconocido, a la cual le resta valor probatorio ya que nunca va a existir la certeza del hecho que deduce el juez.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICA

- **LIBROS FISICOS:**

Agudo Cubas, R.M. (1992). Madrid, Tomo I. p. 220. Vidas de los doce Césares, de Suetonio, Gredos.

Armas, J. (2010). Las Consecuencias Indemnizatorias de la Separación de Hecho en el Derecho Peruano. Recuperado de:
http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/doctorado/trabajo_de_investigacion/2010/CONSECUENCIAS_INDEMNISATORIAS_SEPARACION_HECHO.pdf. (Tesis)

Azabache, C. (2009). El Matrimonio y el Divorcio en el Perú y Alemania (Breve estudio de derecho comparado). Tesis de Maestría.

Cabello, C. J. (1999). Divorcio y Jurisprudencia en el Perú Lima - Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Cabello, Carmen. (1999). Divorcio y jurisprudencia en el Perú. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. p. 15.

Chávez Ramírez, G. (Agosto de 2010). La Imposibilidad de Probar el Adulterio. Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Recuperado el 30 de 11 de 2014, de <http://bibliotecavirtual.dgb.umich.mx:8083/jspui/bitstream/123456789/2599/1/LAIMPOSIBILIDADDEPROBARELADULTERIOEXIGELAEXCL.> (Tesis)

Dávila, Wendy. (2015). El Divorcio por Adulterio o Divorcio por Infidelidad en el Perú. Abogada de Derecho de Familia. Perú- Lima. S/E.

Gutiérrez Camacho, Walter. (2003). Cuadernos Jurisprudenciales. Suplemento Mensual de Dialogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica Editores. Perú- Lima. p. 12.

Hinostroza Mínguez, A. (2010). Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio. Lima: Perú. Gaceta Jurídica.

Hinostroza Mínguez, Alberto. (2008). Procesos de Separación de Cuerpos y Divorcio - Gaceta Jurídica. Perú- Lima.

Milla Fernández, Magaly Paola. (2015). El Adulterio de la Mujer y su Influencia en el Femicidio. Universidad Privada Norbert Wiener. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Perú-Lima. (Tesis)

Moreno Velasco Víctor (2013). La Expresión de la Autonomía de la Voluntad de los Conyugues en las Crisis Matrimoniales. Tesis de doctorado en la Universidad de Jaén. Peru-Lima. (Tesis)

Panero Oria. P. (2001). Ius occidendi et ius accusandi en la Lex Iulia de adulteriis coercendis, Tirantlo Blanch. Madrid- Valencia.

Parra Benítez, Jorge. (2002). Manual de derecho Civil. Personas, familia y Derechos de Menores. Cuarta Edición. Temis, Bogotá.

Peralta Andía, Andia A. (1996). Derecho de Familia. Lima: Perú.

Peralta Andia, Javier A. (2002). Derecho de familia en el Código Civil. Tercera Edición. IDEMSA. Perú- Lima. p. 337.

Placido Vilcachagua (2002). Manual de Derecho de Familia. Perú- lima: Gaceta Jurídica.

Miriam y Rovira del Rio, Eduardo Jesús. (2014). Consecuencias Legales de la Infidelidad en el Derecho Español: Una Aproximación Jurisprudencial. Pozanco, Nieto. Revista Vía Iuris, 2014 (Nº16), pp. 187-201.

Rodríguez, I. y Sandier, P. (1942). Instituciones Oratorias por M. Fabio Quintiliano. Tomo II Libros Séptimo-Duodécimo, Librería y Casa Editorial Hernando, Madrid.

Rubén Cayro. (2009). Fundamentos Constitucionales que Justifican la Pretensión Indemnizatoria Derivada de la Ruptura Unilateral del Concubinato. en su ensayo científico titulado. Segundo concurso nacional de ensayos jurídicos. Lima Perú. (Tesis)

Ruiz López, Ricardo Paul (2014). Fundamentos para Modificar el Artículo 339º del Código Civil, Respecto del Plazo de Caducidad en los Procesos de Divorcio por Causal de Adulterio. Perú_ Lima.

Solari, Néstor E. (2012). Separación de Hecho y Deber de Fidelidad. Lima. (Tesis)

Tulia Barrozo Osorio y Esperanza Alvarez. (2009). El Divorcio en Colombia. Universidad Libre Sede Cartagena Centro de Investigaciones. Grupo de Investigación: Derecho Privado.

Valverde Morante, Ricardo. (2008). Exegesis sobre el plazo de caducidad de la causal de adulterio en una acción de divorcio. En Jus jurisprudencia, Grijley. Perú-Lima. p. 23.

Varsi Rospigliosi, Enrique (2007). Divorcio y Separación de Cuerpos. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. GRIJLEY. Perú-Lima.

Simon and Schuster. (1944). La Historia de la Civilización. Will Durant. Tomo III. "César y Cristo." New York. págs. 396-397.

- **PAGINAS VIRTUALES**

Arias, S. O. (24 de 09 de 2003). Las Pruebas en el Divorcio. Obtenido de <http://www.pacj.com.mx/catalog/uploads/files/Derecho%20Civil/Las%20Pruebas%20en%20el%20Divorcio.pdf>.

Fayanas Escuer, Edmundo (2017). La Sexualidad en la Historia. [http://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/la-sexualidad romana](http://www.nuevatribuna.es/articulo/historia/la-sexualidad%20romana). (Revisado el 29 abr. 2018).

<http://www.elpais.com.co/colombia/que-definio-la-corte-sobre-el-divorcio-por-infidelidad-resuelva-aqui-las-dudas.html> (Revisado el 22 Junio, 2017).

ANEXOS

CASO PRÁCTICO CAS. 859-2016

PROYECTO DE SENTENCIA CAS. 759-2017

ANÁLISIS DEL CASO

ANEXO 1**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL
PERMANENTE****CASACIÓN 895-2016 LIMA**

Divorcio por Causal de Separación de Hecho Lima, seis de octubre de dos mil dieciséis. -

VISTOS;

con los acompañados, con la razón emitida por el secretario de esta Sala Suprema a folios cuarenta y ocho del cuaderno de casación de fecha 22 de agosto de 2016 y, **CONSIDERANDO:**

PRIMERO.- Viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por **la demandada Ana Cecilia Renteros Abad de Granados** a folios quinientos setenta y dos, contra la sentencia de vista de fecha 02 de diciembre de 2015, dictada a folios quinientos cuarenta y tres, que confirma la sentencia de primera instancia de fecha 15 de diciembre de 2014, obrante a folios cuatrocientos cuarenta, que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y, fija a favor de la recurrente la suma de diez mil soles (S/ 10,000) por concepto de indemnización; con los demás que contiene. Por lo que corresponde verificar los requisitos de admisibilidad y procedencia dispuestos en los artículos 387 y 388 del Código Procesal Civil, modificados por la Ley número 29364.

SEGUNDO.- Que, se verifica que el recurso cumple con los requisitos para su admisibilidad, conforme lo exige el artículo 387 del Código Procesal Civil, toda vez que ha sido interpuesto: **i)** contra la sentencia de vista expedida por la

Primera Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima que, como órgano jurisdiccional de segunda instancia, pone fin al proceso; **ii)** ante el referido órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada; **iii)** dentro del plazo que establece la norma, ya que la recurrente fue notificada el 12 de enero de 2016, conforme se corrobora del cargo obrante a folios quinientos cincuenta, e interpuso su escrito de casación el 26 del mismo mes y año; **iv)** adjunta el reintegro del arancel judicial a folios cuarenta y cinco del cuaderno de casación, dentro del término de ley, cumple con subsanar la omisión precisada por resolución del 22 de julio de 2016, conforme a la razón emitida por el secretario de esta Sala Suprema.

TERCERO. - Que, el recurso de casación cumple con lo exigido en el inciso 1) del artículo 388 del Código Procesal Civil, porque la recurrente no consintió la sentencia de primera instancia que le fue adversa, conforme se aprecia del escrito de apelación a folios cuatrocientos cincuenta y ocho.

CUARTO.- Que, debe considerarse que el recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario de carácter formal que solo puede fundarse en cuestiones eminentemente jurídicas y no fácticas o de revaloración probatoria, es por ello que tiene como fin esencial la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema; en ese sentido, debe fundamentarse de manera clara, precisa y concreta indicando en qué consiste la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial, así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada, de conformidad con lo establecido por los numerales 2) y 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil y su modificatoria.

QUINTO. - Que, la demandada denuncia como causales lo siguiente:

a) Infracción normativa por inaplicación del artículo 345-A del Código Civil. Señala que, la pretensión requerida no reúne las condiciones establecidas por ley para su procedencia, por cuanto el actor no se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, requerimiento de admisibilidad establecido por el citado artículo.

b) Infracción normativa de los artículos 139 incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado y 197 del Código Procesal Civil. Manifiesta que, la sentencia recurrida omite pronunciarse respecto a vicios denunciados por su parte e incurridos desde el momento de

la calificación de la demanda, como es, que el actor no se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimenticias, lo cual demuestra con los documentos que recaen en el expediente número 3326-1999 seguido entre las mismas partes, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho alimentos, donde obra el Informe Pericial N° 531-20 14-VBCL-PJ (documento que ofreció como prueba de su recurso de apelación, mediante escrito del 22 de enero de 2015). Respecto a la reconvención propuesta, indica que en la audiencia que obra a folios doscientos cincuenta y tres, sus hijos confirmaron la separación de sus padres y el abandono del hogar, quedando establecidos los maltratos psicológicos y físicos (violencia familiar) ejercida por el actor contra aquellos y la recurrente, lo que acredita los perjuicios sufridos. Sostiene que la sentencia de vista no se pronunció respecto a cada uno de los hechos expuestos en su escrito de reconvención, toda vez que el actor fue quien hizo abandono de hogar y cometió adulterio, causales contempladas en el artículo 333 incisos 1) y 5) del Código Civil; fruto de aquello es el nacimiento de su menor hija de 9 años de edad, por lo que, se le debió condenar a la pérdida de los gananciales, acorde a lo prescrito por el artículo 352 del acotado Código.

Manifiesta que, al fijarse una indemnización a su favor como cónyuge perjudicada, los Jueces Superiores debieron establecer los criterios para

determinar la suma otorgada; asimismo, no valoraron la conducta del actor, quien se sustrajo de sus deberes de fidelidad y asistencia, y dejó la responsabilidad del hogar y la carga del trabajo a la recurrente. Agrega, que el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, conforme lo faculta el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

c) Aplicación de la procedencia excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil. Indica que, debido a la relevancia jurídica del presente caso, solicita la causal excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, en el caso de no cumplirse algún requisito del artículo 388 del acotado Código Procesal. Finalmente, precisa su pedido casatorio como anulatorio y/o revocatorio.

SEXTO. - Que, las causales denunciadas en los acápite **a)** y **b)** deben ser desestimadas. Ello es así, porque los fundamentos que sostienen la normas Divorcio por Causal de

Separación de Hecho supuestamente transgredidas son los mismos en que basó los agravios de su escrito de apelación, y que ahora nuevamente invoca; por tanto, fueron materia de pronunciamiento por la instancia de mérito que determinó que el actor acredita encontrarse al día en el pago de sus obligaciones alimentarias para invocar el supuesto del inciso 12) del artículo 333 del Código Civil, conforme se desprende de sus Boletas de Pago, donde se consigna un descuento por retención judicial de sus ingresos; situación que contrasta con lo vertido por la demandada en la audiencia llevada a cabo en autos, quien manifestó que: "Sí recibo una pensión y no siempre recibo esa suma de dinero [la cantidad de S/ 169.38] a veces es menos, al demandante le retienen de la empresa Movistar Perú y se deposita en una cuenta en el Scotiabank", debiendo acotarse que la impugnante no acreditó objetiva ni documentalmente su afirmación, respecto a que el actor le adeuda por concepto de pensiones

alimenticias devengadas, pese a aseverar demostrar con documento el Informe Pericial recaído en el expediente número 3326-1999, cuya copia no anexa.

SÉTIMO. - Que, en cuanto a la causal precisada en el literal **c)**, referida a la casación excepcional propuesta por la recurrente, que tiene amparo legal en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, también debe ser rechazada. Ello es así, porque esta fórmula procesal debe ser entendida en el sentido que este Tribunal Supremo, oficiosamente, podría admitir el recurso si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines de la casación, esto es, la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional.

Por tanto, esta norma sólo debe ser aplicada para alcanzar esa finalidad, pero no para amparar recursos mal formulados, pues una posición de esta naturaleza transgrediría la propia esencia del recurso de casación y sustituirá la voluntad e interés de las partes, lo que conllevaría a Divorcio por Causal de Separación de Hecho afectar principios como el dispositivo - de iniciativa de parte - de congruencia procesal, al habilitar un pronunciamiento más allá del petitorio - pretensión impugnatoria -, y de igualdad de las partes en el proceso. Siendo así, la denuncia alegada no satisface el criterio de necesidad casacional prevista en la norma analizada.

OCTAVO.- De otro lado, se advierte que la recurrente en su escrito de reconvencción no demandó ninguna causal de divorcio, tan solo petitionó una indemnización por daños y perjuicios, pues argumentó que el actor incumplió con sus deberes de fidelidad y asistencia, así como la obligación de educar a sus hijos; lo cual fue valorado por las instancias de mérito a fin de amparar la reconvencción propuesta, en su condición de cónyuge más perjudicada con la separación, conforme a lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil.

NOVENO.- De lo mencionado, se concluye que lo realmente cuestionado por la impugnante es la situación fáctica establecida en sede de instancia, así como la valoración de los medios de prueba efectuada por los Jueces de mérito, pretendiendo forzar a esta Sala Suprema a emitir un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto; lo que no se condice con los fines del recurso extraordinario de casación, esto es, la interpretación del derecho objetivo y la unificación de los criterios de la Corte Suprema.

DÉCIMO.- Finalmente, cabe precisar que el hecho que se haya expedido un fallo adverso a los intereses de los actores, no configura la negativa del derecho constitucional invocado como pretende sostener, toda vez que este garantiza que todo justiciable tenga el derecho a que se le haga justicia, acudiendo al órgano jurisdiccional, a través de un proceso donde se le brinden un conjunto de derechos y garantías mínimas en su desarrollo, y que lo resuelto sea efectivo; sin embargo, ello no implica que se dé la razón Divorcio por Causal de Separación de Hecho necesariamente a la peticionante, sino que esta pueda ejercer sus derechos en el proceso con libertad y en un plano de igualdad, formando un "escudo" ante las posibles arbitrariedades, dando lugar al "debido proceso"; lo cual ha sido respetado de forma amplia.

UNDÉCIMO. - En consecuencia, no habiéndose incurrido en vulneración de derecho o garantía alguna, es de estimar como no cumplidos los requisitos exigidos en los incisos 2) y 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, para hacer operante este medio impugnatorio.

Por estos fundamentos, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Ana Cecilia Renteros Abad de Granados a folios quinientos setenta y dos, contra la sentencia de vista de fecha 02 de diciembre

de 2015, dictada a folios quinientos cuarenta y tres; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Mario Granados Aguilar contra Ana Cecilia Renteros Abad de Granados, sobre divorcio por la causal de separación de hecho; y los devolvieron.

Interviene como ponente la señora Jueza Suprema

SS. TELLO GILARDI

DEL CARPIO RODRÍGUEZ

RODRÍGUEZ CHÁVEZ.

2.- PROYECTO DE SENTENCIA:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL PERMANENTE

CASACIÓN 756-2017 LIMA

Divorcio por Causal de Separación de Hecho Lima, seis de octubre de dos mil dieciséis. -

VISTOS;

con los acompañados, con la razón emitida por el secretario de esta Sala Suprema a folios cuarenta y ocho del cuaderno de casación de fecha 22 de agosto de 2016.

CONSIDERANDO:

PRIMERO.- Viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por la demandada Luz Clara Re a Vidal folios quinientos setenta y dos, contra la sentencia de vista de fecha 02 de noviembre de 2016, dictada a folios quinientos cuarenta y tres, que confirma la sentencia de primera instancia de fecha 15 de diciembre de 2015, obrante a folios cuatrocientos cuarenta, que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y, fija a favor de la recurrente la suma de diez mil soles (S/ 20,000) por concepto de indemnización; con los demás que contiene. Por lo que corresponde verificar los requisitos de admisibilidad y procedencia dispuestos en los artículos 387 y 388 del Código Procesal Civil, modificados por la Ley número 29364.

SEGUNDO.- Que, se verifica que el recurso cumple con los requisitos para su admisibilidad, conforme lo exige el artículo 387 del Código Procesal Civil, toda vez que ha sido interpuesto: **i)** contra la sentencia de vista expedida por la Primera Sala Especializada en Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima que, como órgano jurisdiccional de segunda instancia, pone fin al proceso; **ii)** ante el referido órgano jurisdiccional que emitió la resolución impugnada; **iii)** dentro del plazo que establece la norma, ya que la recurrente fue notificada el 12 de enero de 2017, conforme se corrobora del cargo obrante a folios quinientos cincuenta, e interpuso su escrito de casación el 26 del mismo mes y año; **iv)** adjunta el reintegro del arancel judicial a folios cuarenta y cinco del cuaderno de casación, dentro del término de ley, cumple con subsanar la omisión precisada por resolución del 22 de julio de 2016, conforme a la razón emitida por el secretario de esta Sala Suprema.

TERCERO. - Que, el recurso de casación cumple con lo exigido en el inciso 1) del artículo 388 del Código Procesal Civil, porque la recurrente no consintió la sentencia de primera instancia que le fue adversa, conforme se aprecia del escrito de apelación a folios cuatrocientos cincuenta y ocho.

CUARTO.- Que, debe considerarse que el recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario de carácter formal que solo puede fundarse en cuestiones eminentemente jurídicas y no fácticas o de revaloración probatoria, es por ello que tiene como fin esencial la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia nacional por la Corte Suprema; en ese sentido, debe fundamentarse de manera clara, precisa y concreta indicando en qué consiste la infracción normativa o el apartamiento del precedente judicial, así como demostrar la incidencia directa de la infracción sobre la decisión impugnada, de conformidad con lo establecido por los numerales 2) y 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil y su modificatoria.

QUINTO. - Que, la demandada denuncia como causales lo siguiente:

a) Infracción normativa por inaplicación del artículo 345-A del Código Civil. Señala que, la pretensión requerida no reúne las condiciones establecidas por ley para su procedencia, por cuanto el actor no se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, requerimiento de admisibilidad establecido por el citado artículo.

b) Infracción normativa de los artículos 139 incisos 3) y 5) de la Constitución Política del Estado y 197 del Código Procesal Civil. Manifiesta que, la sentencia recurrida omite pronunciarse respecto a vicios denunciados por su parte e incurridos desde el momento de la calificación de la demanda, como es, que el actor no se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimenticias, lo cual demuestra con los documentos que recaen en el expediente número 3326-1999 seguido entre las mismas partes, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho alimentos, donde obra el Informe Pericial N° 531-20 14-VBCL-PJ (documento que ofreció como prueba de su recurso de apelación, mediante escrito del 22 de enero de 2015). Respecto a la reconvención propuesta, indica que en la audiencia que obra a folios doscientos cincuenta y tres, sus hijos confirmaron la separación de sus padres y el abandono del hogar, quedando establecidos los maltratos psicológicos y físicos (violencia familiar) ejercida por el actor contra aquellos y la recurrente, lo que acredita los perjuicios sufridos. Sostiene que la sentencia de vista no se pronunció respecto a cada uno de los hechos expuestos en su escrito de reconvención, toda vez que el actor fue quien hizo abandono de hogar y cometió adulterio, causales contempladas en el artículo 333 incisos 1) y 5) del Código Civil; fruto de aquello es el nacimiento de su menor hija de 9 años de edad, por lo que, se le debió condenar a la pérdida de los gananciales, acorde a lo prescrito por el artículo 352 del acotado Código.

Manifiesta que, al fijarse una indemnización a su favor como cónyuge perjudicada, los Jueces Superiores debieron establecer los criterios para determinar la suma otorgada; asimismo, no valoraron la conducta del actor, quien se sustrajo de sus deberes de fidelidad y asistencia, y dejó la responsabilidad del hogar y la carga del trabajo a la recurrente. Agrega, que el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, conforme lo faculta el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

c) Aplicación de la procedencia excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil. Indica que, debido a la relevancia jurídica del presente caso, solicita la causal excepcional prevista en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, en el caso de no cumplirse algún requisito del artículo 388 del acotado Código Procesal. Finalmente, precisa su pedido casatorio como anulatorio y/o revocatorio.

SEXTO. - Que, las causales denunciadas en los acápites **a)** y **b)** deben ser desestimadas. Ello es así, porque los fundamentos que sostienen la normas Divorcio por Causal de Separación de Hecho supuestamente transgredidas son los mismos en que basó los agravios de su escrito de apelación, y que ahora nuevamente invoca; por tanto, fueron materia de pronunciamiento por la instancia de mérito que determinó que el actor acredita encontrarse al día en el pago de sus obligaciones alimentarias para invocar el supuesto del inciso 12) del artículo 333 del Código Civil, conforme se desprende de sus Boletas de Pago, donde se consigna un descuento por retención judicial de sus ingresos; situación que contrasta con lo vertido por la demandada en la audiencia llevada a cabo en autos, quien manifestó que: "Sí recibo una pensión y no siempre recibo esa suma de dinero [la cantidad de S/ 169.38] a veces es menos, al demandante le retienen de la empresa Movistar Perú y se deposita en una cuenta en el Scotiabank"; debiendo acotarse que la impugnante no acreditó objetiva ni documentalmente su afirmación, respecto a que el actor le adeuda por

concepto de pensiones alimenticias devengadas, pese a aseverar demostrar con documento el Informe Pericial recaído en el expediente número 3326-1999, cuya copia no anexa.

SÉTIMO. - Que, en cuanto a la causal precisada en el literal **c)**, referida a la casación excepcional propuesta por la recurrente, que tiene amparo legal en el artículo 392-A del Código Procesal Civil, también debe ser rechazada. Ello es así, porque esta fórmula procesal debe ser entendida en el sentido que este Tribunal Supremo, oficiosamente, podría admitir el recurso si considera que al resolverlo cumplirá con alguno de los fines de la casación, esto es, la adecuada aplicación del derecho objetivo al caso concreto y la uniformidad de la jurisprudencia nacional.

Por tanto, esta norma sólo debe ser aplicada para alcanzar esa finalidad, pero no para amparar recursos mal formulados, pues una posición de esta naturaleza transgrediría la propia esencia del recurso de casación y sustituirá la voluntad e interés de las partes, lo que conllevaría a Divorcio por Causal de Separación de Hecho afectar principios como el dispositivo - de iniciativa de parte - de congruencia procesal, al habilitar un pronunciamiento más allá del petitorio - pretensión impugnatoria -, y de igualdad de las partes en el proceso. Siendo así, la denuncia alegada no satisface el criterio de necesidad casacional prevista en la norma analizada.

OCTAVO.- De otro lado, se advierte que la recurrente en su escrito de reconvencción no demandó ninguna causal de divorcio, tan solo petitionó una indemnización por daños y perjuicios, pues argumentó que el actor incumplió con sus deberes de fidelidad y asistencia, así como la obligación de educar a sus hijos; lo cual fue valorado por las instancias de mérito a fin de amparar la

reconvención propuesta, en su condición de cónyuge más perjudicada con la separación, conforme a lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil.

NOVENO.- De lo mencionado, se concluye que lo realmente cuestionado por la impugnante es la situación fáctica establecida en sede de instancia, así como la valoración de los medios de prueba efectuada por los Jueces de mérito, pretendiendo forzar a esta Sala Suprema a emitir un nuevo pronunciamiento sobre el fondo del asunto; lo que no se condice con los fines del recurso extraordinario de casación, esto es, la interpretación del derecho objetivo y la unificación de los criterios de la Corte Suprema.

DÉCIMO.- Finalmente, cabe precisar que el hecho que se haya expedido un fallo adverso a los intereses de los actores, no configura la negativa del derecho constitucional invocado como pretende sostener, toda vez que este garantiza que todo justiciable tenga el derecho a que se le haga justicia, acudiendo al órgano jurisdiccional, a través de un proceso donde se le brinden un conjunto de derechos y garantías mínimas en su desarrollo, y que lo resuelto sea efectivo; sin embargo, ello no implica que se dé la razón Divorcio por Causal de Separación de Hecho necesariamente a la peticionante, sino que esta pueda ejercer sus derechos en el proceso con libertad y en un plano de igualdad, formando un "escudo" ante las posibles arbitrariedades, dando lugar al "debido proceso"; lo cual ha sido respetado de forma amplia.

UNDÉCIMO. - En consecuencia, no habiéndose incurrido en vulneración de derecho o garantía alguna, es de estimar como no cumplidos los requisitos exigidos en los incisos 2) y 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, para hacer operante este medio impugnatorio.

Por estos fundamentos, declararon: **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por Luz Clara Rea Vidal a folios quinientos setenta y dos,

contra la sentencia de vista de fecha 02 de diciembre de 2015, dictada a folios quinientos cuarenta y tres; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", bajo responsabilidad; en los seguidos por Julio Cesar Tome Cisneros contra Luz Clara Rea Vidal , sobre divorcio por la causal de separación de hecho; y los devolvieron.

Interviene como ponente la señora Jueza Suprema

SS. GALDOS GRADOS

ROSARIO SASIETA

TORRES VASQUEZ.

3.- ANALISIS DEL CASO:

Viene a conocimiento de esta Sala Suprema el recurso de casación interpuesto por la demandada Ana Cecilia Renteros Abad de Granados , contra la sentencia de vista de fecha 02 de diciembre de 2015, que confirma la sentencia de primera instancia de fecha 15 de diciembre de 2014, obrante a folios cuatrocientos cuarenta, que declara fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho y, fija a favor de la recurrente la suma de diez mil soles (S/ 10,000) por concepto de indemnización; con los demás que contiene. Por lo que corresponde verificar los requisitos de admisibilidad y procedencia dispuestos en los artículos 387 y 388 del Código Procesal Civil, modificados por la Ley número 29364.

Manifiesta que, la sentencia recurrida omite pronunciarse respecto a vicios denunciados por su parte e incurridos desde el momento de la calificación de la demanda, como es, que el actor no se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimenticias, lo cual demuestra con los documentos que recaen en el expediente número 3326-1999 seguido entre las mismas partes, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho alimentos, donde obra el Informe Pericial N° 531-20 14-VBCL-PJ (documento que ofreció como prueba de su recurso de apelación, mediante escrito del 22 de enero de 2015). Respecto a la reconvencción propuesta, indica que en la audiencia que obra a folios doscientos cincuenta y tres, sus hijos confirmaron la separación de sus padres y el abandono del hogar, quedando establecidos los maltratos psicológicos y físicos (violencia familiar) ejercida por el actor contra aquellos y la recurrente, lo que acredita los perjuicios sufridos. Sostiene que la sentencia de vista no se pronunció respecto a cada uno de los hechos expuestos en su escrito de reconvencción, toda vez que el actor fue quien hizo abandono de hogar y cometió adulterio, causales contempladas en el artículo 333 incisos 1) y 5) del Código Civil; fruto de aquello es el nacimiento de su menor hija de 9 años de edad, por lo que, se le debió condenar a la pérdida de los gananciales, acorde a lo prescrito

por el artículo 352 del acotado Código. Manifiesta que al fijarse una indemnización a su favor como cónyuge perjudicada, los Jueces Superiores debieron establecer los criterios para determinar la suma otorgada; asimismo, no valoraron la conducta del actor, quien se sustrajo de sus deberes de fidelidad y asistencia, y dejó la responsabilidad del hogar y la carga del trabajo a la recurrente. Agrega, que el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, conforme lo faculta el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Finalmente, cabe precisar que el hecho que se haya expedido un fallo adverso a los intereses de los actores, no configura la negativa del derecho constitucional invocado como pretende sostener, toda vez que este garantiza que todo justiciable tenga el derecho a que se le haga justicia, acudiendo al órgano jurisdiccional, a través de un proceso donde se le brinden un conjunto de derechos y garantías mínimas en su desarrollo, y que lo resuelto sea efectivo; sin embargo, ello no implica que se dé la razón Divorcio por Causal de Separación de Hecho necesariamente a la peticionante, sino que esta pueda ejercer sus derechos en el proceso con libertad y en un plano de igualdad, formando un "escudo" ante las posibles arbitrariedades, dando lugar al "debido proceso"; lo cual ha sido respetado de forma amplia. En consecuencia, no habiéndose incurrido en vulneración de derecho o garantía alguna, es de estimar como no cumplidos los requisitos exigidos en los incisos 2) y 3) del artículo 388 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley N° 29364, para hacer operante este medio impugnatorio.

Por estos fundamentos, declararon: improcedente el recurso de casación interpuesto por Ana Cecilia Renteros Abad de Granados a folios quinientos setenta y dos, contra la sentencia de vista de fecha 02 de diciembre de 2015, dictada a folios quinientos cuarenta y tres.